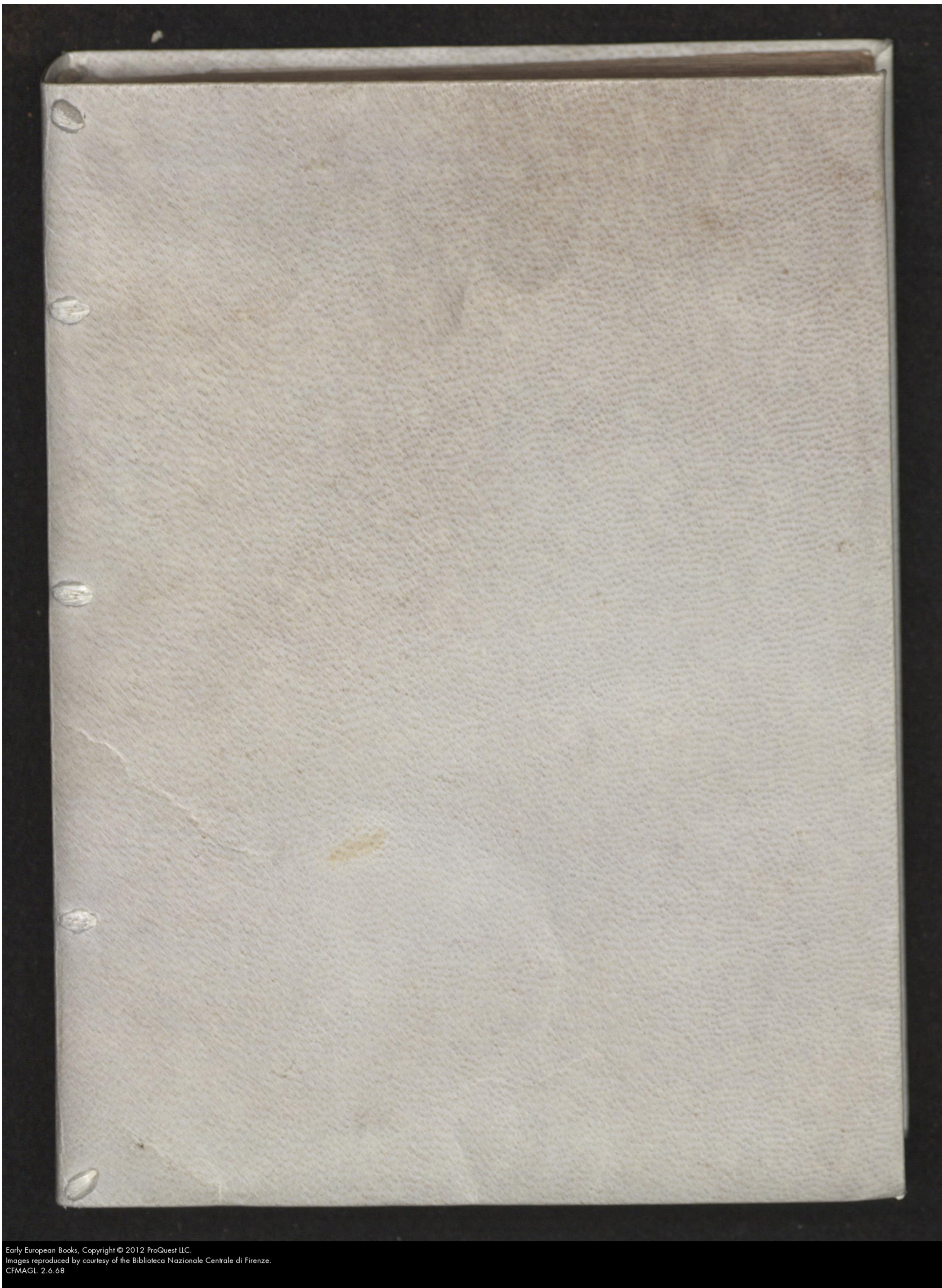
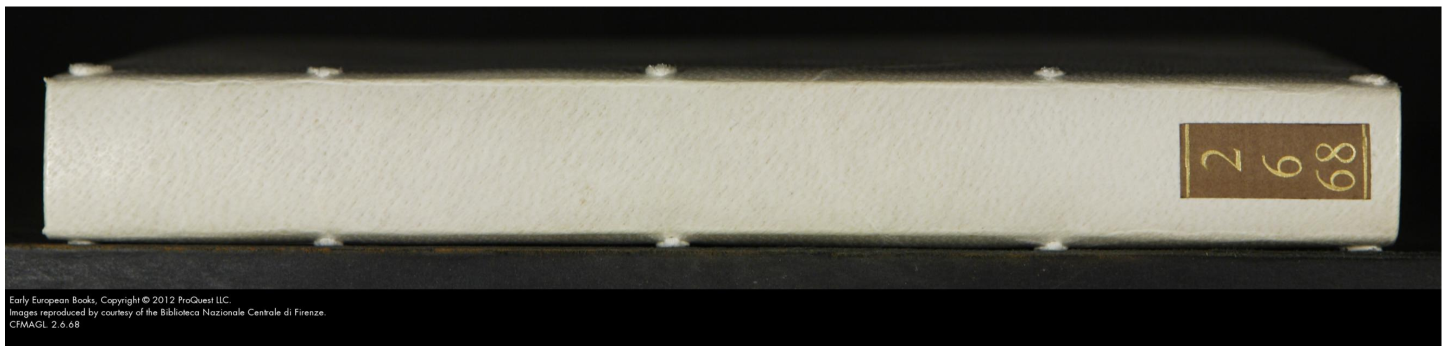



2
6
68


Early European Books, Copyright © 2012 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of the Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze.
CFMAGL. 2.6.68







2.6.68

RITTERSH
de Reg. Iur.

Ex legato D: Equitis Antonij Francisci
Marmij



CUNRADI RITTERSHUSII JCti,

Et quondam in Inclyta Universitate Altorfina Professoris Ordinarii

In

CELEBERRIMAM LEGEM XXIII. CONTRACTUS; DIGEST: DE diversis Regulis Iuris antiqui,

Ut &

DUODECIM TABULARUM LEGES

COMMENTARIUS.

Nunc denuò accuratè recognitus, & à mendis repurgatus.





ARGENTORATI,

Sumptibus Joh. Joachimi Bockenhofferi & Consortum,

ANNO M. DC. LIX.

CUNRADI RITTERS-
husij JCti

COMMENTARIUS NOVUS, PULCHERRIMUS ET UTILISSIMUS:

IN CELEBERRIMAM LEGEM XXIII. CONTRACTUS: DIGEST: De diversis Regulis Juris antiqui.

Quæ quasi clavis est totius Tractatus de Contractibus & commerciis.

QUO NON TAM HÆC UNA LEX EX CORPORE JURIS Justinianei, quàm totum argumentum DE CONTRACTIBUS ET QUASI CONTRACTIBUS, ingeniosè, eleganter, ac dilucidè exponitur.



ARGENTORATI,
Sumptibus JOH. JOACHIMI BOCKENHOFFERI & Consortum.

Anno M. DC. LIX.

AD NOBILISSIMUM AMPLISSIMUM ET PRUDENTISSIMUM VIRUM, Dn. LUDOVICUM CAMERArium, JC. Serenissimoque Electori Palatino &c. à consiliis secretioribus &c. Domino & Patrono omni observantia colendo.

MARCUS TULLIUS, in aureo, quem de Officiis inscripsit, libro, quique Plinii judicio, *non modo in manibus quotidie habendus, sed etiam ediscendus est*, ut omnia, ita illud quoque praeclare: *Eos, quorum studia, vitaq; omnis in rerum cognitione versata est, tamen ab augendis hominum utilitatibus, & commodis non recessisse: neq; solum vivos & praesentes, discendi studiosos erudiisse, sed hoc idem, etiam post mortem literarum monumentis assecutos esse.* Haec Cicero. Quae licet de Philosophis tantum scribere videatur, qui, imperitae multitudinis judicio, ad civilem societatem parum afferre utilitatis existimantur, tamen, cum JCti etiam *veram, & non simulatam* (ut Ulpianus ait) *Philosophiam exerceant*; *ipsaq; justitia* (cujus JCti Sacerdotes sunt) eodem Cicerone teste, *foras spectet, & ad hominum utilitatem porrecta sit*: non absurde, ut nostra fert opinio, dictum ad institutum nostrum accommodare possumus. Non autem jam de scriptis & lucubrationibus, quas Parens noster desideratissimus cum inter homines ageret, publici juris fecit, verba facere volumus: de Isidoro, Oppiano, Partitionibus Feudalibus, Salviano, Malcho, vel potius Porphyrio,

phyrio, aliiſque: non etiam de iis quæ poſt obitum illius, à nobis amicorum conſilio & adjumento, in lucem data fuerunt; hoc tantum in præſentia attingendum videtur, ſupereſſe nobis etiamnum, Lucubrationum illius nonnullas, quas non minus quàm priores Reipub. literariæ, Iuriſque Civilis Studioſorum commodis atque ſtudiis profuturas ſperamus, quæque, ſi Deus permiſerit, noſque bonorum virorum non deſtituemur auxilio, temporis progreſſu, lucem etiam ipſæ aſpecturæ ſint.

Quibus, hac vice præſentem hunc de Contractibus Commentarium, cùm alias ob cauſas præmittere nobis viſum, tùm etiam ob inſignem hujus materiæ utilitatem, quæ mortalium plerumque omnium vel maximè commovere ſolet animos. Quid enim cogitari poteſt ineptius, quàm adeò rerum ignarum & imperitum, ſuique commodi immemorem eſſe, ut neſcias, ſi in emptione & venditione res vitio affecta, pro integra & ſana tibi data ſit; an & quonam prętoris tibi ſubveniatur auxilio, an verò tuæ ἀπειρεργίᾳ & incogitantiæ hoc imputare debeas? Si item res aliena pro propria ſit vendita, an rei (in qua plerumque plus, quàm in perſonâ cautionis eſt) inniti poſſis, an verò regreſſum ad auctorem tuum habeas: quid item faciendum, ſi in pretio juſto defraudatus ſis: Quando denique periculum, aut commodum rei venditæ ad te ſpectet: & infinita alia: quæ qui ignoret, nullum inter homines ſibi relinquere videatur locum. Quis enim in hac civili vi-

vit ſocietate, qui cum alio contrahere opus non habeat? Nam, utut, unius fortè rei copia tibi ſuppetat, alius tamen inopia laboras, ita ut neceſſitas te cogat, ea quæ tibi ſuperſunt, permutare, eorumque loco acquirere, quorum uſus tibi neceſſarius ſit. Verum in probanda re omnibus manifeſtâ immorari, nihil aliud, quàm otio abuti fuerit.

Ad te nunc, Vir Nobiliſs. & Ampliſſime noſtrum ſe convertit alloquium, cui ut poſtumum hoc τοῦ μακαρείτου Parentis noſtri inſcribamus opuſculum, ſat juſtæ & idoneæ, ne dicam graves nobis cauſæ ſunt: quarum, ut alias ſilentio nunc prætereamus, in recenti etiamnum habemus memoriâ, quanta fide, animique candore ac ſtudio, cœptam cum Parente noſtro, ante triginta plus minúsve annos, amicitiam, ad extremum uſque illius halitum, in tanta licet ſplendidiſſimi muneris ac dignitatis conſtitutus eminentiâ, colueris: adeò ut ſpiritualis etiam cognationis vinculo, ut Canoniſtarum utar phraſi, vobis invicem adſtricti fueritis. Quàm humanum item, ac benevolum, poſt obitum dicti Parentis noſtri, nobis Te præbueris, non ſine magno animi gaudio recordari ſolemus, nobiſque hoc de Te polliceri, Te impoſterum quoque, hanc benevoli erga nos animi propenſionem, niſi per nos ipſos (quod juvante Deo nunquam futurum eſt) ſteterit, nobis conſervaturum eſſe. Suſcipe ergò, Vir Ampliſſime, amica benignâque fronte chartaceum hoc à nobis munus: quo nihil aliud, quam tuam ambimus clientelam & patro-

cinium

cinium: cuius ſub auctoritatis atque dignitatis velati clypeo non tantum poſtumus iſte Parentis noſtri fœtus à Momorum inſultibus tutus ſuccreſcere & vivere, ſed nos etiam ſalvi atque incolumes requieſcere valeamus. Feliciter vale Vir Nobiliſſime & Conſultiſſime, quem DEUS OPT. MAX. cum Nobiliſſima Camerariorum familia univerſa, perpetuò ſalvum & florentem, tueatur & conſervet. Altorfi è Muſæo noſtro menſe Julio anni cIↃ. IↃ. CXVI.

Tuæ Amplitud.

Studioſiſſimi

GEORGIUS,
NICOLAUS &
LUDOVICUS, Cunradi Rittershuſii,
JC. p. m. F.F.F.

SYNOPSIS CAPITUM, QUIBUS HIC Commentarius ad L. 23. contractus, D. de Regulis Juris constat.

PROLEGOMENA, seu PROTHEORIAE, quæ & EVIDENTIALIA *dici solent.*

Sequitur Expositio Legis ipsius.

Cap.

PLACUIT DISPUTATIONEM EX HAC LEGE A QUODAM JURIS STUDIOSO,

nunc Doctore non incelebri practico, Anno 1587. petitam, & publici exercitii gratiâ defensam, hoc loco subnectere.

CONCLUSIO PRIMA.

HAEC Lex contractuum & quasi contractuum bonæ fidei conditiones tàm naturales, quàm conventionales, quodam verborum compendio artificiosè explicat.

2. Nullam autem contractus plenam & perfectam definitionem in libris nostri juris aut monumentis Interpretum nostrorum usquàm extare putamus.

3. Nos eum definimus in hæc verba, Contractus est conventio obligatoria propriâ suâ facultate absque juris civilis singulari confirmatione obligationem ad agendum efficacem producens.

4. Græcè vocatur συνάλλαγμα *sive* μονομερῶς *sive utrinque obligationem constituat.*

5. Et differt à pacto legitimo, quod similiter ut juris gentium, semper nudum est.

6. Hodie tamen legitimi & juris gentium pacti distinctio sublata videtur, cùm ex omni pacto nudo, ut volunt, actio detur, non tamen, ut arbitramur, jure canonico, sed potiùs consuetudine.

7, Porrò quasi contractus est quasi conventio quædam, proprio quodam jure (ut Gaius loquitur) obligationem producens: qualis est tutelæ administratio, negotiorum gestio, item rerum communio, & quandoq; etiam solutio indebiti, non semper; siquidem ea interdum proprius & verus sit contractus.

8. *Vt autem actiones, sic & contractus & quasi contractus alij bonæ fidei dicuntur, alii stricti juris.*

9. *Bonæ fidei contractus sunt, quorum actiones legis potestate ejus naturæ sunt, ut ex iis condemnatio fiat ex æquo & bono, etiam ultra id, de quo inter partes nominatim convenit.*

10. *Stricti juris contractus dicuntur, in quorum actionibus condemnatio fit strictè: veluti secundum ea, quæ nominatim in ipsa conventione expressa & nuncupata fuerunt.*

11. *Atque hoc discrimen legibus canonicis non sublatum, sed potius approbatum esse credimus.*

12. *Eiusque fœdere commodissime deciditur illa quæstio: An ob dolum in contrahendo admissum, contractus ipso jure nullus sit, nec ne. Si enim bonæ fidei contractui causam dederit dolus; ipso jure contractus ille nullus est: si verò inciderit in ipso contractu dolus, non quidem ab initio contractum reddit nullum, sed is rescinditur omninò, vel reformatur per actionem eiusdem contractus, vel per doli exceptionem. At stricti juris contractus ipso jure non vitiatur dolo; sive is causam dederit contractui, sive in ipso contractu inciderit. Sed contractus ab initio quidem juris subtilitate subsistit, atque inde actio nascitur, verùm dolo circumventus indemnitati suæ consulere potest vel actione vel exceptione doli.*

13. *Sunt autem bonæ fidei contractuum, & quasi contractuum conditiones, quæ hac lege indicantur, Dolus malus, Culpa, & Casus fortuitus.*

14. *Dolum malum, qui fraus dicitur, ineptè distinguunt Dd. in dolum verum & dolum præsumptum.*

15. *Culpa nihil aliud est, quàm negligentia; sive prætermissio mediocris diligentiæ. Et tàm in omitendo quàm in faciendo consistit. Eiusq; gradus tres duntaxat sunt, lata, levis, & levissima culpa.*

16. *Lata culpa est prætermissio minimæ diligentiæ: eaque dolo proxima dicitur.*

17. *Levis culpa est prætermissio mediocris diligentiæ, qualem diligens & frugi paterfam. suis rebus adhibere solet. Et hæc propriè culpa dicitur. Vnde vox culpæ simpliciter in jure posita, intelligitur de levi culpa, nisi materia subjecta aliud suadeat.*

18. *Levissima culpa est prætermissio summæ diligentiæ qualem optimus quisque paterfam. suis rebus adhibere solet. Eaq; ex opposito diligentiæ verbo, ut in hac lege, ita & plerunque alibi significatur.*

19. Casus

19. *Casus fortuitus est, quem nullum consilium humanum prævidere potest; vel cui humana infirmitas resistere nequit.*

20. *Dolum autem & culpam, licet diversimodè, omnes contractus & quasi contractus bonæ fidei naturaliter recipiant: Nullus autem naturaliter recipit casum fortuitum, sed tantum ex conventione partium.*

21. *Et pro regulâ hîc tenendum est. In contractibus, qui solius dantis gratia fiunt, duntaxat dolum & latam culpam præstari: Qui verò utriusque contrahentis gratia habentur, capaces esse doli, latæ & levis culpæ. Eos autem, qui accipientis tantùm gratia celebrantur, dolum, latam, levem, & levissimam culpam recipere.*

22. *Hinc depositum recipit tantùm dolum & latam culpam: quemadmodum & precarium: quod licet hîc inter contractus numeretur, tamen revera neque quasi contractum id esse defendemus.*

23. *Venditum autem dolum, latam, & levem tantùm culpam admittit: licet quantùm ad solum pretium, non etiam ulterius, veluti interesse, rei periculum venditoris esse non absq; legum autoritate quidam existiment.*

24. *Similiter & pignoris contractus, præter dolum & latam culpam, recipit etiam culpam levem.*

25. *Ejusdem quoq; conditionis est locatio & conductio, cujus mercedem etiam in alia re quàm pecunia numerata consistere posse asserimus.*

26. *Vter autem locator aut conductor dicatur, inter omnes non convenit. Vulgò locator dicitur, qui accipit mercedem: Conductor, qui eam dat. Qua definitione merito rejecta, alij locatorem definiunt, qui dat utendum vel faciendum aliquid: Conductorem, qui accipit.*

27. *Sed & illam, ut non satis accuratam definitionem omittentes, Locatorem appellamus, qui definita mercede, vel rem utendam alicui concedit, vel in operis præstandis se alicui offert: Conductorem, qui constituta mercede, vel rem utendam ab aliquo accipit, vel in operis præstandis placitum offerentis suscipit.*

28. *Præterea dotis datio, quæ contractus est, & quidem ex eo contractuum genere, qui re perficiuntur, præter dolum & latam culpam, etiam levem recipit culpam.*

29. *Atque inde etiam haud obscurè intelligitur maritum non esse perfectè rei dotalis dominum, licet verè Dominus ipsius sit, non etiam (ut arbitramur) mulier ejus domina habeatur.*

30. *Negotiorum quoque gestio plerumque dolum, latam, & levem tantùm*

tum recipit culpam, ut & tutelæ administratio. Item societas & rerum communio.

31. A commodatario autem & mandatario præter dolum, latam & levem culpam, etiam levissimam culpam juris authoritate exigimus.

32. Et hæ, quas retulimus naturales sunt contractuum, & quasi contractuum conditiones: Partium autem conventionibus effici potest; ut vel plus vel minus in singulis contractibus veniat, sed diverso jure.

33. Si enim ab initio inter contrahentes convenerit, ut plus in his contractibus præstaretur, veluti in contractu depositi, ut præter dolum & latam culpam etiam levis præstaretur culpa: Vel in emptione, pignore, locatione, dotis datione, aut societate, ut præter dolum, latam & levem culpam, etiam levissima præstaretur culpa, vel in mandato, aut commodato, ut præter dolum & omnem culpam etiam casus præstaretur, tunc adversarius ejus pacti nomine actori eadem tenetur actione, quæ ex contractu principali nascitur, non etiam actione præscriptis verbis.

34. Quod si autem inter contrahentes convenerit, ut minus in prædictis contractibus, quam illi naturaliter recipiunt, præstaretur, veluti in mandato vel commodato dolus tantum & lata culpa, non etiam culpa levis & levissima, pactum hoc ex parte rei inest illis contractibus, & quidem ipso jure, si in continenti, per pacti verò conventi exceptionem, si ex intervallo fuerit subjectum.

35. Diversa autem ratio est pactorum strictis negotiis in continenti subjectorum. Ea enim licet ipso jure prosint reo, etiam non opposita exceptione pacti, modò confestim quid detrahant contractibus, tamen si iis adjiciunt aliquid, etsi in continenti, tamen ad actionem actori non prosunt.

36. Postremò, ut pactis effici non potest, ne dolus in bonæfidei contractibus præstetur: Ita nec culpam aut casum fortuitum precario conventione adijci posse arbitramur.

CUNRADI RITTERSHUSII JC. COMMENTARIUS AD L. XXIII. DE REG. JUR.

SANCTUS GREGORIUS, qui à miraculis quibus claruit θαυματουργὸς dictus est, & Origenis fuit discipulus, in oratione Panegyrica, quam à Magistro suo discessurus grati animi ergo in magna hominum frequentia habuit, ubi de suo Legum Romanarum studio mentionem facit, tàm linguam Latinam quàm Ius Civile Romanum insigni ornat elogio. Nam Legum quidem, quas ferè totas ex Græcia derivatas & translatas esse ait, (quod etiam ex Livio, Tacito, Pomponio *in l. 2. De orig. jur.* & aliunde novimus) singularem & sapientiam, & pietatem, & admirandam varietatem prædicat: Linguam verò qua illæ sint expositæ ac traditæ, dicit, magnificentia quadam & venerabili honore plenam esse, omninoque talem, quæ ad Majestatem Imperii sit conformata & accommodata: quamvis aliis hominibus, quibus nativa & vernacula non est, ad perdiscendum sit gravis atq; difficilis. Se quidem ait in utroque magnam expertum fuisse difficultatem; & in sermone, inquam, & in Iure Romano addiscendo. A suo tamen Doctore subinde animum sibi additum fuisse, & excitatam in se discendi alacritatem: proposita ostensaque illa spe, fore ipsi disciplinam & cognitionem Iuris Romani (quo jure omnium Imperio Rom. subjectorum hominum res gubernarentur(pro maximo viatico atque subsidio (ipse Græca lingua vocat μέγιστον ἐφόδιον) non solùm si quando in foro ac judiciis versari, & causas agere instituisset: verum etiam ad quodcunq; vitæ genus animum applicaturus esset. Hæc nobis quoque dicta putemus. Nam hæc omnia sunt ejusmodi, ut tùm ad linguæ Latinæ, tùm ad Iuris Civilis Rom. in quo explicando discendoque versamur, laudem & commendationem vix quicquam dici possit luculentius & gravius: tantoque plus in hoc testimonio ponderis & auctoritatis inest: quantò major fuit sanctitas in eo viro, à quo id prolatum est. De linguæ Latinę laudibus hîc agendi locus non est: de qua hoc tantùm admoneo: etsi ea in primis ex Cicerone, Plauto, Terentio, Cæsare, Salustio, Livio, aliisque bonis auctoribus discenda est: tamen si omnes illi periissent, parvo negotio illam jacturam ex Pandectis, & veterum Iurisconsultorum scriptis resarciri ac restitui posse. Tanta est in illis & varietas & puritas orationis. Sed, ut dixi, hoc nunc non agitur: de quo aliàs latius. Iuris autem Romani sapientia, pietas, ac varietas illa, quam tantoperè prædicat D. Gregorius *loco supra d.* cùm ex aliis ejus articulis & partibus satis elucet, tùm maximè ex doctrina ICtorum de CONTRACTIBUS. Quorum tanta est utilitas adeoq; & necessitas ad vitam humanam commodè agendam: ut non magis aqua & igni, quàm illis carere posse videatur. Ea res impulit Iuris auctores, ut hanc Iuris Civilis partem quàm diligentissimè explicarent: quod apparet ex aliquot libris ac titulis Pan-

dectarum, & ex bona parte libri quarti Codicis, & tertii Institutionum. Et sanè tantò majore digna est admiratione ICtorum veterum, qui ista sic perscrutati sunt & elimârunt; Sapientia & æquitas, ex ipsâ quasi naturâ, justitiæ expressa: quòd ferè omnes illi fuerunt pagani, & à Christiana religione alieni, adeoque etiam illius hostes: quod de Vlpiano & aliis quibusdam compertum habemus. Sed fuit in ipsis hoc à lapsu reliquum lumen rationis, quod illi agitatione studii perpetui mirificè conservârunt, excoluerunt, & illustrârunt: adeò quidem ut ex ipsorum scriptis etiam Lex divina, maximè quo ad secundam tabulam aliquid lucis fœnerari & accipere possit: quòd egregiè docuit vetus scriptor, qui Legem Dei cum legibus Romanis contulit; & editus ante hos 30. annos Parisiis à Petro Pitheo: deinde renovatus ab Henrico Stephano. In singulis autem contractibus quæri solet, *quid quantumq; alterum alteri præstari oporteat: sive ad quid alter alteri obligetur teneaturq;*, vel ex natura cuiusque contractus, vel ex pactis & conventis, quæ contractui initio fuerint adjecta. Ea doctrina cùm priùs sparsim ad singulos contractus fuerit tradita, pluribus Pandectarum titulis ab Vlpiano in hac Regulâ, *L. 23. de Reg. Iur.* (quam explicandam nobis desumpsimus) summatim quasi in unum fasciculum colligitur & comprehenditur doctissimè, maximoque artificio. Solet enim ex jure quod est, fieri regula: per quam brevis rerum narratio traditur: quasi causæ conjectio est, (ita legendum est cum Pand. Florent. non *conjunctio*, ut vulgò) hoc est summaria collectio & comprehensio, & quasi per indicem facta expositio *L. 1. & ibi Ioann. Ram. & Giphan. aliiq; recentiores, sup. hoc tit.* quippe ICti ex LL. aut moribus, quibus propriè Ius introducitur & constituitur, artis constituendæ & memoriæ adjuvandæ causa excerpserunt & collegerunt Regulas. Quod autem Paulus *in d. l. 1.* negat Ius ex Regula sumi, id intelligendum est principaliter & propter se: quomodo scilicet ex Legibus vel moribus introducitur & sumitur Ius. Attamen secundariò, seu propter aliud, etiam ex Regula Ius sumendum, & ad incidentia negotia aptandum esse, rectè dicimus: quia videlicet ex legibus, quæ propriè sunt causa juris proxima, collectæ sunt & constitutæ à Iurisconsultis Regulæ. Sed hæc ad *L. 1. h. t.* latius explicari solent.

Priusquam verò accedamus propiùs ad explicationem sive commentarium hujus sapientissimæ legis: (quæ Lex, ut eruditè demonstrat Ant. Contius, octodecim enunciationes sive sententias continet, in quas scindi atque deduci potest.) Faciendum videtur, ut evidentioris doctrinæ causa quædam præmittamus, quæ sint loco protheoriæ. Primum erit caput de Inscriptione hujus legis & auctore. Secundum de summa & scopo totius legis, & de consimilibus Iuris locis. Tertium de contractu. Quartum de dolo. Quintum de culpa. Sextum de casu fortuito. Septimum de vi verbi *præstare*, quomodo id in hac Lege, & similibus locis, accipiatur. Et deniq; Octavum, de commentatoribus, qui ad hanc Legem scripserunt.

His ordine expositis posteà res ipsa tantò erit facilior.

PROTHEO-

VIII

PROTHEORIÆ CAPVT PRIMVM.

De Inscriptione hujus Legis, & Auctore.

AD I. Caput harum præmunitionum quod attinet, Lex nostra auctorem habet VLPIANVM: ut ex inscriptione ipsius patet. Fuit autem Domitius Vlpianus, (ut pauca de ipso attingamus historica) oriundus ex splendidissima Tyriorum Colonia, ut ipsemet de se testatur, in *L.* 1. *ff. de censib.* & *L.* 16. *Cum Vlp. ff. de Interd. & releg.* vocatur etiam *Damascenus.* Fitque ejus mentio apud Athenæum: ubi consuetudinem ipsius describit, qua solitus est summa diligentiâ percunctari, de quarumvis rerum nomenclatura, ex quo à familiaribus suis per jocum appellatus est κειτούκειτος. Deinde ex Lampridio *in vita Heliogabali* discimus, Vlpianum jam tùm sub illo principe, vel potiùs monstro hominis, clarum fuisse, & magnis in honoribus spectatum. Scribit enim, quod Heliogabalus ipsium ut bonum virum removerit. Ferre scilicet homo turpissimus non poterat virum optimum & sui dissimillimum. Ita quippe fit, ut scribit Petronius Arbiter: *Si quis vitiorum omnium inimicus rectum iter vitæ cœpit insistere, primùm propter morum differentiam odium habet. Quis enim potest probare diversa?* &c. Sed illo monstro occiso ac per plateas perque cloacas sordidissimè tracto, & in Tiberim submerso, teste Herodiano *libr.* 5. Vlpianus sub ejus successore Alexandro honoribus restitutus est. Nam idem Lampridius *in vita Alexandri Severi* scribit, ipsum fuisse apud illum Imp. magistrum scriniorum, & primum doctissimorum Iurisperitorum, & maximè Imperator fidelium, â quibus negotia & causas priùs tractari ordinarique præceperit Imperator atque ita ad se referri: quod hodie solet esse officium eorum quos *Cancellarios*, & illorum quos *Referendarios Principis* appellamus: tempore Iustiniani & aliorum *Quæstores* dicebantur. Ibidemque *sub finem ejus libri* idem Lampridius vocat Vlpianum *Iurisperitissimum*; & unà cum aliis septendecim Iuris professoribus, & quos in consilio habuerit Alexander recenset eum inter discipulos splendidissimi Papiniani: cujus etiam paulò antè memorat ipsum fuisse Assessorem unà cum Iulio Paulo, quando Papinianus fuit Præfectus prætorio. Quod etiam indicat elegantissima disputatio inter duos illos magnos condiscipulos magni magistri, Paulum & Vlpianum, quæ in *L.* 40. *lecta. ff. de reb. cred.* describitur à Paulo, qui tamen parcit nomini Vlpiani diversum sentientis. Magno in honore habitum fuisse à suo principe Vlpianum, satis apparet etiam ex illis honoris vocabulis, quæ Alexander ei tribuit in jure nostro: ut quando *parentem suum* appellat, in *L.* 4. *C. de locato & conducto*: Item quando *amicum suum* vocat in *l.* 4. *C. de contrah. & committ. stip.* In priore lege dicitur *Præfectus prætorio*: in Altera *Præfectus annonæ.* Ex quo intelligimus, quantos gesserit magistratus.

Quemadmodum autem Magister ipsius Papinianus miserabili vitæ exitu periit: capite truncatus jussu Antonini Caracallæ: quòd noluisset excusare parricidium in fratre Geta trucidato commissum. (dicebat enim, *Non æquè facilè parricidium excusari quàm fieri posse*, teste Spartiano, *in vita Anton. Caracallæ.*) Ita etiam Vlpia-

nus noster miserabiliter interfectus est à militibus Prætorianis noctu in ipsum irruentibus: quamvis antea sæpè Imperator ipsum tutatus fuisset à furore militari, & quidem objectu purpuræ suæ. Verùm, ut dici solet, *quem sæpè transit casus, aliquando invenit.*

Quæ & quot reliquerit scripta, ostendit Index Pandectarum Florentinarum: ex quo colligimus; ex omnibus ICtis, quorum è scriptis Digesta sunt composita, neminem plura de jure fecisse volumina, quàm Vlpianum; post Paulum. Hi enim duo plura cæteris omnibus scripserunt: & Paulus vicit omnes. Interque hos duos sub Papiniano commilitones & collegas observata est à doctis viris illa insignis differentia, quod Paulus quidem in suis responsis, & reliquis Commentariis juris, magis soleat sequi strictum jus, & artem ac regulas juris: Vlpianus verò magis inclinet ad æquitatem sive benignitatem & humanitatem, insuper habito stricto jure. Deinde quod etiam stylo ac dicendi genere non parum discrepent: cùm Vlpianus quidem utatur orationis genere facili, prolixo & vulgari: Pauli verò stylus (sicut & Africani & Papiniani ac Scævolæ) sit multò accuratior, brevior & nervosior. Vnde fit, ut Pauli quidem leges, tanquam obscuriores & difficiliores, magis indigeant operâ interpretis, quàm Vlpiani, ut sibi ipsi pro interprete esse potest, satis perspicuo: Et Cujacius quidem in Vlpianum nihil, sed in Papinianum, Paulum & Africanum, uberes scripsit commentarios.

Extant Vlpiani elogia quædam insignia etiam in jure nostro præter superius adducta, v.g. à Modestino vocatur *nobilis*, & *nobilissimus vir*, & *coryphæus Iurisconsultorum. l. 2. §. ult. & l. 4. inf. & l. 13. §cire. §. Aliud. ff. de excusat.* Impp. quoque Diocl. & Maximin. eundem vocant *virum prudentissimum*, in *l. 11. C. de quæst.* Iustinianus cum Papiniano eum conjungens vocat *virum disertissimum*, in *l. ult. C. de instit. & substit.* Alibi verò *summi ingenii virum*, in *l. un. §. ne autem hoc. C. de caducis tollend.* Denique Zosimus Historicus ad laudem Vlpiani sic scribit: & Legislatorem fuisse optimum, & virum sapientissimum, qui & præsentia rectè ordinare & disponere, & futura feliciter prospicere potuerit. Plura de vita & laudibus Vlpiani, si quis desiderat, is legere poterit eos qui descripserunt vitas Iurisconsultorum: & duas orationes Clariss. viri Iac. Lectii, quas de Vlpiano habuit.

Fit etiam mentio, in Legis nostræ inscriptione, SABINI. Non solum autem Vlpianus *ad Sabinum* scripsit libros 51. sed & alii ad eundem scripserunt, ut Pomponius libros 35. & Paulus 16. quod constat ex Indice Pandectarum Florentinorum suprà laudato. Quod ad eandem figuram dictum est, qua quidem *ad Edictum*, vel *ad Leges*, vel *ad Senatusconsulta*, vel *ad orationes Principum*, vel *ad Plancium*, vel *ad Minitium*, vel *ad Vrsæum* scripsisse commemorantur: Quod idcircò admoneo, ne quis fortè putet, Vlpianum vel Paulum vel Pomponium libros aliquot Sabino dedicasse: ut vulgò in more positum videmus: & olim quoque factitatum scimus: ut Varro Ciceroni, ipse Cicero & Varroni & aliis suos quosdam libros inscripsit: v. g. Topica ad Trebatium: & de Oratore ad Brutum, &c. Sic Iulius Pollux Onomasticon suum ad Imp. Commodum scripsit: sic Spartianus Capitolinus & Lampridius vitas aliquot Imperatorum ad Diocletianum & Constantinum scripserunt.

Sed

Sed tale aliquid ab Vlpiano & cæteris ad Sabinum fieri non potuit per temporis rationem, cùm Sabinus ille multò ante decesserit.

Sed hîc illa succedit quæstio, cum plures fuerint hoc nomine (duo enim Sabini nominantur à Pomponio in *l.2.ff. de or. jur.* quorum prior prænomen habuit Masurii: Alter Cælii: duo item alii, pater & filius, ambo prænomine Fabii recensentur ab Historico Lampridio *in Alexandro Severo*, quorum alterum virum consularem occidi jussum fuisse scribit idem ab Heliogabalo: qui tamen non fuerit occisus, sed urbe tantùm pulsus à Centurione Surdastro, qui non satis fuerat assecutus mandatum principis, mollioribus verbis utentis, ut inquit Historicus, id est, submissiore voce loquentis: Alterum *Catonem sui temporis* vocat idem, ob insignem videlicet gravitatem) quæstionis inquam est, quisnam ex illorum numero fuerit Sabinus, qui hîc nominatur, & ad quem tres illi Iurisconsulti fuerint commentati? Et Lampridius quidem *in vita Heliogabali* in illa est sententia, Vlpianum libros suos scripsisse ad consularem illum virum, quem sic per errorem & casu quodam in vita servatum diximus, cum esset morti destinatus. Sed errare Historicum illum docuit jam pridem Cujacius in observationibus, & probavit nuper Casaubonus in Notis doctissimis *ad Historiam Augusti pag.*391. Nam Sabinus ille potiùs fuit Masurius, cujus etiam facit mentionem honorificam Arrianus *lib.*4. *dissert. Epicteti*: qui sub Imperio Tiberii Cæsaris floruit, primusque de jure publicè respondendo scripsit; & in equestrem ordinem receptus fuit privilegii loco, cùm jam esset natu grandis & propè quinquagenarius, teste Pomponio *in dict. l.2.* De hoc ICto memorabile est in primis, quòd in re adeò tenui fuerit, ut à suis auditoribus plurimum fuerit sustentandus. Quæ pietas discipulorum erga suum præceptorem valde est notanda & imitatione digna: sed hodie perrara, dum *Scire volunt omnes: mercedem solvere nemo.* Et hæc de Inscriptione Legis nostræ hactenus. Quibus alia quoq; Iuris nostri & historiarum loca nonnihil posse illustrari existimo. Quibus & hoc ad extremum addo; quamvis clarissimus & doctissimus Anton. Contius hîc dubitet de verbis hujus Legis, sintne illa Vlpiani, an Sabini ipsius: tamen omissâ dubitatione illâ non necessariâ, existimare me, hæc verba, procul dubio habenda esse pro eo ac si Vlpianus ipse, non Sabinus scripsisset. Nam dubitationem omnem tollit ipsa inscriptio, quæ manifestò illa tributi Vlpiano.

PROTHEORIÆ CAPVT SECVNDVM.

De Scopo & Summa hujus legis: & consimilibus Iuris locis.

SEQUITUR secundo loco, ut de scopo & summa hujus legis pauca dicamus: tametsi hæc jam quodammodo ex superioribus intelligantur. Sed juvat eadem ex Constantino Harmenopulo proponere, qui fuit Iudex Thessalonicensis, & scripsit Enchiridion sive πρόχειρον legum, lingua Græca. Is ergò *libro 6. ejus operis tit.* 2. *Reg. diversis, pag.* 482. *editionis Gothofredi*, ad hunc modum scribit: *In hac regula scopus est legislatori, docere quædam naturali*

convenientia contractibus, & quàm varia in his quærantur, & quàm accuratè, & ex quibus casibus periculum inducatur, & damnum, ei qui contraxit : & in quibus non obligetur, &c. Hæc ille Constantinus: cui majoris evidentiæ causa subjiciam dilucidiorem & pleniorem quandam Legis partitionem. Quatuor igitur membris hæc lex nostra constat: quorum in primo docetur, quid unaquæq; species contractus vel quasi contractus recipiat ex communi & usitata sua natura, sive quid ferat ejus natura, quidque secundum illam sibi invicem præstare debeant, qui contraxerunt, tametsi nihil ab ipsis expressum, vel lingua nuncupatũ sit. In secundo membro (quod incipit à verbis: *sed hæc ita &c.*) affertur exceptio: Nisi pactis conventis initio appositis nonnihil fuerit immutata illa communis & regularis natura contractuum. In tertio membro (cujus est initium in verbis: *Excepto eo*) traditur, quæ pacta jure non subsistant sive quæ inutilia sint, & proinde contractum vitient. In quarto (quod incipit à verbo: *Animalium*) enumerantur pleræque species casuum fortuitorum, sive quos major quædam vis, cui resisti non possit, inducit: quos quidem in contractibus nemo præstare cogitur, nisi (ut suo loco explicabo) etiam illorum præstationem ultrò quis in se receperit.

Loci consimiles in jure nostro potissimum isti notari possunt: quorum in quibusdam rationes afferuntur, eorum quæ hîc simpliciter commemorantur; id est, ostenditur, quare in quibusdam contractibus dolus tantùm; in quibusdam etiam aliquid amplius præstandum sit; & quare non in omnibus contractibus una eademq; sit mensura præstationis: Loci inquam similes sunt isti: *Lex 5. si ut certo.* §. 1. *ff. commodati. l.* 108. *si servus legatus.* §. 12. *cum quid. ff. de legatis.* 1. *L.*14. *Eum qui. ff. de furtis.* quæ lex eandem prorsus cum hac nostra inscriptionem habet, ideoq; cum ea conjungi debet: quod me docuit Giphanius: sicut & illud; Vlpianum in *d. l.*29. *ad Sabin.* ut etiam *præc.* tractasse de emptione & venditione: non de commodato; ut voluit Pet. Faber *in Comm. ad Reg. Iur.* Sed parvi hoc refert, de utro contractu Vlpianus ibi explicârit: cùm satis constet, ICtos quamvis alicubi ex professo de una specie contractus agant, tamen sæpè solere ipsos etiam digredi ad alium quempiam contractum vicinum, vel etiam transferre disputationem ad totum genus, quod Rhetores vocant *hypothesin ad thesin accommodare*: Imò etiam solent ijdem, cùm ex professo tractent de ultima voluntate, v. g. de legato, obiter aliquid attingere etiam ex doctrina de contractibus: cujus rei habemus illustre exemplum *in d. l.* 108. §. 12. *cum quid. ff. de legatis* 1. & aliis in locis, quos videre est apud Dd. *in l.*20. *verba contraxerunt. ff. de verborum signif.* & apud Nicol. Eberhardum *in Top. Legalibus*, & apud Danielem Mollerum *lib.* 5. *semest.* ubi diligentissimè explicant de contractuum & ultimarum voluntatum convenientia & differentia: docentque, quo pacto argumentum duci possit ab uno ad alterum. Fit autem hoc propter cognationem rerum inter se: quæ tanta est; ut non possit, qui tractat unam, non attingere vel conjungere etiam alteram; vel mutuari ex una, quod in præsens conducat in alia, ut verbis utar clarissimi Cujacii *in parat. ff. de operis nov. nunt.* Extra Iuris nostri libros est locus huic legi similis apud Modestinum *lib.* 2. *de diff. juris*: cujus verba referuntur *tit.* 10. *in libello quo lex Dei confertur cum Legibus Romanorum.* Et hæc de

secundo

secundo cap. præmunitionum: unde satis patet, quanta sit hujus Legis utilitas, quàmque latè sit ea diffusa.

PROTHEORIÆ CAPUT TERTIUM.

DE CONTRACTU.

PRoximum est ut quædam subjungamus de verbo *Contractus*: tanquam de subjecto hujus Legis primario; cui plura deinceps adjunguntur prædicata. Primò autem notandum est, pro *Contractibus* Ciceronem potius usurpare solitum *res contrahendas*. Deinde notandum est, *Contractus vocabulum* latissima significatione (quamvis rariore) ita etiam usurpari, ut complectatur delicta. Exemplum est apud Triphoninum *in l. 52. si rerum amotarum. ff. de Act. rerum amotarum.* ubi scribit, Actionem rerum amotarum, (quæ datur conjugi adversus conjugem de rebus alteri ab altero subreptis in matrimonio, *tot. tit. ff. de Act. rerum amot.*) oriri ex malo contractu, id est, delicto: quod etiam affirmatur *in l. 21. si mulier. §. hæc actio. ff. d. t.* Ad quem modum Aristoteles quoque *in 5. Ethicor.* delicta & crimina vocat συναλλάγματα ἀκούσια, hoc est, Contractus involuntarios: non quod fiant ab invitis; (Nemo enim invitus delinquit; sed volens, & ex mala cupiditate) sed quod in invitos committantur. Quis enim est, qui non mallet res suas integras servare ac retinere, quam illis surreptis furto aut vi, vel corruptis aliquo illato damno ac detrimento, actionem acquirere furti vel vi bonorum raptorum, vel Legis Aquiliæ, vel aliam? Cùm præstet intacta cujusque jura servari, quàm post causam vulneratam remedium quærere. *l. ultim. Cod. In quibus causis in integ. restit. necesse non est.* Imò qui volens & consentiens passus est, vel rem suam ab altero auferri, aut deteriorari, aut se lædi verbis aut factis, ei hoc nomine nulla competit actio, cùm sit Regula Iuris, *volenti & consentienti non fieri injuriam aut dolum.*

Porrò Contractum DEFINIVIT Antistius Labeo *ultrò citroq; obligationem*, quod Græci συνάλλαγμα vocant: ut testis est Vlpianus noster in *l. 10. Labeo. ff. de verb. signif.* In qua definitione videntur non pauca posse desiderari. Primum illud est: quod contractus hoc loco definitur per obligationem: cùm tamen constet, quod obligatio non sit genus contractus, sed ex contractu oriatur, atq; ita sit effectus, & proinde quiddam posterius. Nam contractus est factum quoddam, ut *in l. 7. consilio. §. ult. ff. de cur. furiosi.* Factum, hoc est, tractatus quidam inter contrahentes, v. g. inter emptorem & venditorem; qualis eleganter describitur *in l. 8. vers. quod si videlicet. D. de resc. vend.* Quale factum etiam intervenit in distractu, qui est contrarius contractui. Nam & in solutione fit numeratio vel admensuratio, vel appensio ejus, quod debetur. Factum à Paulo etiam *Actus* dicitur *in l. 2. §. ult. ff. de reb. cred. verbis*, inquit, *credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione*: qui Actus ibi nihil aliud est, quàm præcedens interrogatio

& se-

& sequens responsio congrua. *l. 52. obligamur. §. verbis. ff. de obligat. & Act. l. 1. ff. de verb. oblig.* & *Institutionibus eod. in pr. tit.* Obligatio autem quæ ex contractu nascitur, *l. 1. in pr. ff. de obligat. & act. & alibi paßim*, non est facti, sed juris. Ita enim definitur, quod sit Iuris vinculum, quo necessitate astringimur, alicujus rei solvendę. *§. 1. Inst. de oblig.* Est autem hoc notabile, quod interdum obligationes pro contractibus usurpantur, per metynomiam, scil. effectu posito pro causa, ut videre est *in l. 5. Ex hoc jure. ff. de just. & jure.* ubi Hermogenianus ait, obligationes constitutas esse Iure Gentium: Quod ita exponit Iustinianus: ex Iure Gentium contractus penè omnes introductos esse. *§. Ius autem gentium vers. & ex hoc jure. Inst. de jure Nat. Gent. & Civil.* Facit huc etiam *l. omnem. 20. ff. de judiciis.*

Deinde hoc quoque in definitione Labeonis reprehendi posse videtur, quod nimis angusta sit: cùm non omnibus conveniat contractuum speciebus. Sunt enim contractus aliqui ex quibus ultrò citroque sive ab utroque latere vicissim seu vice mutua obligatio nascitur, (ut emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, quos etiam recenset *d. l. 19. de verb. sign.* & Iustin. *in tit. Inst. de oblig. ex consensu*, & IC. *in l. 2. ff. de oblig. & act.* Ait autem Imp. in his contractibus *alterum alteri obligari*, hoc est, mutuas obligationes inde oriri, mutuas actiones; v. g. non tantum venditor emptori obligatur, & huic adversus illum competit actio ex empto, inprimis ad rem venditē soluto pretio vel fide super eo habita tradendam: verùm etiam vicissim obligatur emptor venditori, & habet hic adversus illum comparatam actionem ex vendito, in primis ad solvendum pretium: & sic deinceps de cæteris exemplis similiter existimandum est, ne nimis longum faciam.) Sunt igitur, ut dicere cœperam, non tantùm contractus ejusmodi, quos Græci appellant διπλεύρους quasi dicas *bilateros*, vel *bilaterales*: verùm etiam sunt alterius generis contractus quidam, in quibus non uterque sive alter alteri ultro citroque obligetur: sede tantùm ab una parte sive latere obligatio nascatur: ut videre est in mutuo, & in stipulatione. Qui mutuum alteri dedit, non obligatur ei qui accepit: sed is qui accepit, solus obligatur ad reddendum quod accepit, & quidem ex eodem genere & eadem bonitate: quamvis hoc expresse non fuerit dictum, sive cautum inter contrahendum. *l. 3. ff. de reb. cred.* similiter in stipulatione is qui interrogavit sive stipulatione is qui interrogavit sive stipulatus est, non obligatur; sed solus promissor ad dandum vel faciendum vel præstandum. Nec obstat, quod ex stipulatione & obligatione verborum duæ proficiscantur actiones: nempe condictio certi & ex stipulatu: *initio. tit. Inst. de verb. obl.* Nam istæ actiones ambæ dantur uni & eidem: videlicet stipulatori, sive ei qui interrogavit: prout scil. res in stipulationem deducta fuerit, aut certa aut incerta. *d. pr. tit. Inst.* juncta *lege 24. si quis certum. ff. de V. O.* Alteri verò qui spopondit, sive promissori nulla datur actio adversus stipulatorem, quia scil. hic illi non obligatur ullo modo vel ad quicquam: sicut neq; mutuum accipienti ulla competit ex mutuo actio, sed soli mutuum danti, sive ei qui credidit pecuniam datur actio, quæ vocatur *pecuniæ creditæ*, sive *ex mutuo*. Atq; hoc genus contractuum Gręci juris Interpretes appellârunt docendi causâ μονόπλευρον, quasi dicas *uni laterum*. Videatur de his & Ioan. Borcholten Doctor meus venerandus *in Comment. de pactis c. 1. n. 6. & in Comment. de verb. oblig. cap. 1.*

Sed

Sed ei quod diximus, causam obligationis esse contractum, videtur obstare, quod ait Paulus in *l. 44. obligationum fere. ff. de oblig. & action.* ubi quatuor recenset causas obligationum, easque ordine ac deinceps explicat: videlicet diem, conditionem, modum & accessionem: Si ergò verum est, unam esse obligationis causam, non poterunt esse quatuor: aut si sunt quatuor, falsum est, unam duntaxat esse. Respondeo, Causas obligationum in *d. l.* 44. non ita accipiendas esse, ut ex quibus nascantur obligationes: sicut quando dicimus obligationem nasci ex contractu, *d. l. 1. in pr. ff. de oblig. & act.* sed causas vocat ibi Paulus qualitates sive conditiones sive attributiones quasdam contractuum vel obligationum, sine quibus tamen qualitatibus contractus benèpossunt subsistere. Nam plurimi sunt contractus, in quibus neque dies adijcitur, neque conditio, neque modus, neq; accessio: ut videre licet in illis stipulationibus, quæ purè fiunt. §. *omnis stipul. Inst. de verbor. oblig.* Idemque sentiendum est de emptione & venditione purè & præsenter facta, & sic deinceps. Sic alibi passim ICti utuntur verbo causæ pro conditione vel statu, personæ vel rei: v.g. cùm dicunt aliquem in ea causa esse, ut hoc aut illud facere debeat: Item cùm dicunt causam possessionis pro ejus qualitate: ut in Reg. *Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest.* Sic *causa dotis*, quæ ubique præcipua esse d citur *in l. 2. ff. soluto matrimonio*, nihil aliud est, quàm dotis conditio, &c. Solet enim CAUSÆ nomen variè usurpari, quod videri potest apud Iuris Lexicographos, & apud Robert. Stephanum in commentar. latinæ linguæ.

Atque his potissimùm modis impugnari potest definitio contractus à Labeone tradita *in d. l. 19. de verb. signif.* Quid ergo dicemus pro Labeone? Simplicissima est sententia, non fuisse ibi propositum Labeoni, definire totum genus contractuum, aut contractum latissimâ significatione acceptum; sed cùm vellet ostendere, quodnam sit discrimen inter hæc tria verba: *Actum*, *gestum*, & *contractum*, satis habuit assumere unam aliquam speciem contractuum, vel contractum etiam in angusta sui significatione, neque necesse fuit ipsi de toto genere explicare: imò hoc ibi fortassis alienum fuisset. Inter *gesta* verò & *facta* subtilem illam differentiam Labeonis sæpè negligi, & alterum pro altero promiscuè sumi notat Cajus, *in l. 58. ff. eod. tit.*

Sed est operæ pretium cognoscere quoque definitionem contractus traditam à Theophilo *in paraphrasi Institut. tit. de oblig. Contractus*, inquit, *est duorum aut etiam plurium in idem conventio & consensus, ad constituendam obligationem, & ad faciendum alterum alteri obnoxium.* Hæc definitio est plenior, & complectitur eos etiam contractus, in quibus ex una tantum parte oritur obligatio, ut observavit præter alios Hect. Richer. *ad Rubric. tit. ff. de verb. oblig. n.* 47. Generis loco hîc ponitur *conventio & consensus plurium in idem.* Consensus est affectus sive animus ex utraque parte contrahentium concurrens, ut ait *Giph. in l. 55. In omnib. reb. ff. de oblig. & act.* Cui contrarius est error, & dissensus, si nimirum aliud hic aliud ille sentiat. *l. 57. in omnibus negotiis. ff. d. t.* cum multis ll. concordantibus ibidem per Gothofredum productis. Contraria quoque sunt vis & metus. *l. 116. Nihil consensui, infrà h. t.* Et in aliis quidem contractibus sufficit solus ac nudus etiam consensus ad constituendam obligationem. *l. 2. ff. de oblig. & act. & tot. tit. Instit. de*

oblig.ex consensu. In aliis verò præter consensum oportet, ut alia quoque accedant: puta vel res, (id est, factum aliquod, puta traditio, vel annumeratio, vel appensio:) vel verba, vel scriptura: ut explicatur in *l. 1. §. 1. & §. seq. ff. de oblig. & act.* Et in eo quidem convenit tractatus cum pacto. Nam pactum quoque, seu quod idem est pactio, ita definitur, quod sit duorum pluriumve in idem placitum consensus: teste Vlpian. *in l. 1. §. & est pactio. ff. de pactis.* sive quod sit duorum consensus atque conventio, teste eod. *in l. 3. in princ. digest. de pollicitat.* Differentiam verò inter pactum & contractum facit sequens definitionis clausula: *Ad constituendam obligationem, &c.* Contractus enim pariunt obligationem, ut supr. diximus *ex l. 1. in princ. ff. de obligat. & act.* & obligatio porrò parit actionem in personam. *l. 42. licet. §. Ea obligatio, & ibi Dd. notant. ff. de procurat.* Vnde Accursius aliique obligationem solent appellare Matrem actionis personalis: *initio titul. Instit. de Actionib.* Vnde quod ait Paulus, Ex contractibus venire actiones, *in l. 49. ff. de obligat. & action.* intelligere debemus compendii causa sic dictum, mediante scilicet obligatione. Pacta verò non pariunt ullam obligationem, ut neque actionem: idque sæpè constitutum esse ajunt Imperatores *in l. 5. C. de contrahenda & committ. stipul.* (ubi *nudam pollicitationem* vocant nudum pactum; cùm aliàs propriè loquendo plurimum differant pollicitatio & pactum. *l. 3. ff. de pollicit.*) *vide l. 7. Iuris Gentium. §. Igitur nuda. & l. divisionis. ff. de pactis. l. Legem, & l. cum proponas, C. eod. tit. l. si tibi. C. de locato. l. sive apud C. de transact. l. 2. C. de pactis conventis, cum similibus.* Ratio differentiæ inter pacta & contractus, quare ex his nascantur obligationes, efficaces ad agendum; ex illis non item, illa à Doctoribus assignatur: quia plerique homines, sæpè inconsultè, inconsideratè & leviter feruntur ac descendunt ad promittendum: cum non haberent animum deliberatum, neque voluntatem aut intentionem sese obligandi, & ut inde astringerentur, & cogi possent, ac ejus quod promiserunt observationem atque implementum. *Vid. Bart. in l. 1. §. si quis simpliciter. n. 2. ff. de verb. obligat.* quem refert & sequitur Hect. Richerius *in d. Comment. de verbor. obligat. num. 8.*

Vulgò quidem putant, Iure Pontificio ex pacto nudo, nasci obligationem, & actionem. *cap. 1. & 3. extra de pactis: ubi Canonistæ.* Sed hanc opinionem falsam esse docet Richerius *dict. loco*, ejusque contrarium tenuisse celeberrimos Dd. quos etiam refert & probat Iason. *in l. 7. §. sed cum nulla. ff. de pactis*: ubi etiam respondet Iason. locis in contrarium adductis: Exposui autem hoc latiùs *in tractatu de differentiis juris Canon. & Civil. lib. 3. cap. 1.* Quomodo autem pacta contractibus adjecta forment ac reforment illos, & pariant actiones ex illo contractu, de eo explicandi commodior occasio dabitur *infr. ad vers. sed hæc ita.* Interea videantur *l. 72. Pacta conventa. digest. de contrahend. emption. & Franc. Hotoman. in illustribus quæst.*

Dixi de contractus DEFINITIONE, primùm illa, quæ sumitur ex *l. Labeo. de verb. signif.* deinde de ea, quam tradidit Theophilus. Nunc de contractuum DIVISIONE una atque altera, pauca sunt attingenda. Et primò quidem illa celeberrima divisio in Institutionibus explicari solet, qua contractus alii fiunt *re*, alii *verbis*, alii *literis*, alii denique *consensu. §. ult. Instit. de oblig. & aliquot. tit. seqq.* Illa igitur

tur suæ interpretationi reservata, de aliis videamus. Dividuntur autem alia divisione contractus, ut vel sint *certi*, vel *incerti*, sive (ut vulgò appellant) ut alii sint *nominati*, alii *innominati*: de qua divisione explicatur *in l. 7. §. 1. & 2. ff. de pactis*, & *in l. 3. & l. 5. Naturalis. digest, de præscriptis verbis*. *Certi* sive *nominati* sunt contractus, qui transeunt in proprium nomen: ut loquitur Vlpian. *in d. l. 7. §. 1. de pactis*, sive qui habent certum ac proprium nomen: ut sunt mutuum: commodatum, precarium: depositum: pignus: hypotheca: dotis datio: stipulatio, sive sponsio: fidejussio: scriptura: emptio, venditio: locatio, conductio: emphyteusis: societas: mandatum: & feudum: quamvis de hoc controversiam moverit doct. Hotomannus *in observ.* cujus sententiam Giphanius noster probare solebat. His contractibus idcircò nomen imposuerunt homines, quia in quotidiano & frequentissimo vitæ communis usu versantur. *Incerti* autem sive *innominati* contractus sunt, quorum appellationes nullæ Iure civili proditæ sunt, ut Iulianus ait *in d. l. 3. ff. de præscriptis verbis*. Fecit hoc inopia linguæ Latinæ, sive ut Lucretius ait, patrii sermonis egestas: alibi; *propter egestatem linguæ & rerum novitatem*: de qua inopia etiam alicubi conqueritur Cicero in scriptis philosophicis: tametsi idem interdum Latinam linguam non minùs copiosam vel etiam copiosiorem Græcâ ipsâ affirmare non dubitet, ut videre est *in lib. de Finib.* & *in 3. de Orat.* Vlpianus quidem ita censet, Natura rerum conditum esse, hoc est, ita à natura comparatum, ut plura sint negotia quàm vocabula. *l. 4. ff. præscript. verbis.* Quanquam illa etiam accedere potest ratio, ni fallor potior, quia istæ species contractuum innominatorum minus sint usitatæ. Alioquin si tàm crebri fuissent isti contractus, quàm prioris generis, facilè etiam nomina, sive appellationes suas invenissent. Novis enim rebus nova imponenda sunt nomina, ut ait Cicero *lib. 3. de Fin.* Innominati autem contractus loco certi nominis suam habent periphrasin, quæ vice nominis fungitur: ut prima species appellatur *Do ut des*: Altera *Do ut facias*. Tertia *Facio ut des*. Quarta *Facio ut facias*. Tot enim species enumerantur *in dict. l. 5. Naturalis. ff. de præscript. verbis*. Iam verò quænam ex horum unoquoque nascatur Actio, non caret controversia, quam hîc explicare nimis longum foret, atque à proposito aberrans: sic etiam illa disputatio, An permutatio sit contractibus nominatis, an verò innominatis annumeranda: Quorum posterius ab Accursio affirmatur *in gl. ad Rubr. Cod. de rer. permutat.* Quæ quidem gl. communiter est approbata à Dd. Item alia quæstio, utrum transactio sit contractus nominatus, an innominatus: de qua videri potest Berengarius Tolos. *in comm. ad l. 72. pacta conventa. ff. de contrah. empt. cap. 3. ad 9. partem gl. n. 3.* Ioan. Borcholten *in tractatu de Transact.* Berengarius autem in seqq. membris etiam subdivisiones affert contractuum utriusque generis, Nominatorum scil. & innominatorum; atque ad extremum colligit & diligenter explicat decem differentias inter contractûs nominatos & innominatos: ad quem brevitatis causa sufficiat remisisse.

Rursum novâ divisione contractuum quidam sunt *bonæ fidei*; quidam *stricti juris*: de qua explicatur ab interpretibus Instit. *ad §. Actionum. tit. de Actionib.* Est enim hæc divisio communis contractibus pariter & actionibus sive judiciis: & quemadmodum Actiones vel sunt bonæ fidei, vel stricti juris, ita etiam contra-

ctus *l.* 3. *in contractibus.* C. *quibus ex causis majores. l.* 4. *Bonam fidem. Cod. de oblig. & act. cum similibus.* Sic depositum dicitur contractus, qui ex bona fide oritur, nec ad perfidiam retrahendus. *l. pen.* C. *Depositi.* & in contractibus societatis bona fides exuberare dicitur *in l.*3.C. *pro socio.* idemque verum est etiam de similibus contractibus. Nam in omni contractu bona fides præstari debet, ut ait Paulus *in l.* 59. *si mandatu* §.1.*in f.ff mandati.* Et Tryphonianus ait, bonam fidem quæ in contractibus exigitur, summam æquitatem desiderare. *l.*31.*bona fides. in pr.ff. depositi.* Quod tametsi de omnibus contractibus generaliter videtur illis locis pronunciari, propriè tamen ad bonæ fidei contractus pertinere, docet Cl. Giphanius *ad l.* 4.C. *de obl. & act.* Verum quidem est, omnes contractus in se bonam fidem continere, & dolo ac fraude vacare debere: ab omnibus, inquam, contractibus abesse debet dolus, perfidia, fraus & machinatio: (his enim omnibus contraria est bona fides *l.*3. *in fin.ff.pro socio.*& *l.*5.*si dolo.*C.*de rescind. vend.* & *l. pen.* C. *depositi.*) quò etiam pertinet interdictum Apostoli *in priore ad Thessalonic. cap.* 4. Ne quis in negotio defraudet proximum suum; adeò ut etiam ex stipulatione, quæ est contractus stricti juris, obligatus per machinationem & dolum adversarii, quamvis ipso jure sive secundum subtilitatem juris obstringatur, tamen habeat exceptionem doli, qua possit elidere actionem, & liberationem consequi. *l.*36.*si quis cum aliter.ff. de verb. oblig.* ubi post alios videatur Giphan. & tamen sunt aliqui contractus, quos per excellentiam nuncupârunt *bonæ fidei contractus*, illi qui Iura condiderunt: quia videlicet in ipsis bona fides debet exuberare & abundatior esse quàm in cæteris, & summam hîc desiderat æquitatem.

Memorabile quoque est quod monuit Antonius Massa Galesius IC. Rom. *in tractatu de judiciis bonæ fidei. n.* 5. Diversa ratione dictos esse contractus bonæ fidei ab illa, qua judicia sive actiones bonæ fidei appellantur. Nam in judiciis nomen *bonæ fidei* pertinere ad potestatem judicantis, quæ ibi est laxior, quàm in strictis judiciis: In contractibus verò ad personas & animum contrahentium. Præterea in his non tàm larga significatione bonam fidem accipi, quàm in judiciis. Nam in contractibus bonæ fidei sufficere, si abest dolus, & fraus, & culpa. In judiciis autem bonæ fidei hoc non est satis: sed hoc amplius, resarciri debet etiam, si quod damnum, vel vitio rei, de qua contractum est, aliunde provenerit. Notari hoc quoque potest quod idem Massa *d. tract. n.* 12. prolixè refutat opinionem Baldi & aliorum existimantium de æquitate canonica omnes contractus, qui sunt in mundo, esse bonæ fidei: atque ita sublatam esse Iure canonico differentiam illam, quæ est Iure civili inter bonæ fidei & stricti juris contractus: quam sententiam vocat ibi insulsam & ineptam: & hæc ausus est Bononiæ edere in Academia Papali. Nec minus vehementer pronunciat Anton. Faber, qui totus est Pontificius, *Decad.* 9. *De erroribus pragmaticorum, Errore* 1. Aut totam Iurisprudentiam perverti necesse esse, aut eandem differentiam, quæ olim fuit inter judicia bonæ fidei & stricti juris, adhuc hodie superesse.

Porrò sicut longè plures sunt contractus nominati quam innominati, sic etiam licet animadvertere multò majorem esse numerum contractuum, sicut & judiciorum, bonæ fidei, quàm stricti juris: ut apparet satis ex illa enumeratione, quam facit

facit Imp. *in d.§. Actionum. Inst. de actionib.* Nam quæcunque ibi non recensentur Actiones, illæ sunt stricti juris, ut omnes fatentur Interpretes, quæ certè ibi prætermissæ sunt perpaucæ.

Iam si quæras, de utro genere contractuum hæc lex nostra loquatur, an de bonæ fidei, an de stricti juris contractibus: in promptu est quod respondeam, nempe de Contractibus & Iudiciis bonæ fidei hîc agi, quod facilè intelliget is, qui per singula exempla hîc allata ire voluerit. Nullus enim hîc affertur contractus, qui non sit bonæ fidei. Deinde hoc idem confirmant etiam ipsa verba textus: *hoc enim* (inquit Vlpianus) *bonæ fidei judicio contrarium est*: quasi dicat, Nos autem hîc agimus tantùm de bonæ fidei contractibus. Eademque est observatio Antonii Contii *in comm ad h. L.*

Est & hoc notandum: CONTRACTUS vocabulum in h. l. sumi latè, ut etiam quasi contractus complectatur. Id manifestum est ab exemplis quasi contractuum unà cum veris ac propriis contractibus hîc enumeratorum, ut sunt, Tutelæ, negotia gesta, rerum communio: de quibus explicatur *in tit. Inst. antepenult. lib. 3.* Similiter etiam Cajus utitur verbo contractus, ut & maleficii *in l. 1. ff. de obligat. & action.* ut sub illo etiam quasi contractus, sub hoc etiam quasi maleficia comprehendat.

Postremò notandum est, *Contractui* in Iure opponi *Distractum*: ut *in §. Is quoque Institut. quib. mod. recontrah. oblig.* & *§. Item is cui. Instit. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc.* juncta *l. 5. §. is quoque ff. de oblig. & act.* Facit eòdem & *l. 80. prout. D. de solut.* & *l. 35. Nihil tam naturale.* cum similibus, *infra h. t.* Is, inquam, qui indebitum per errorem sibi solutum accepit, videtur magis ex distractu, quàm ex contractu, obligatus esse, & debere: & qui solvit, in hoc potius dare videtur, ut distrahat, quàm ut contrahat negotium, *dd. locis. Instit.* Sic Transactio quoque rectiùs dicitur distractus, quàm contractus, cùm præcipuè tendat ad liberandum: tametsi plerumque in ea simul remaneat vis obligandi, ut aliquid detur: quod admonet Berengarius Fernandinus *loco supr. d. num. 2.* ubi etiam auctore Bartolo *in l. 1. §. 1. ff. de pactis*, Distractum ita dividit sicut contractum, ut alius sit nominatus, alius innominatus. Nominati distractus exempla sunt: Solutio, Acceptilatio, Novatio: de quibus explicatur *sub tit. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Innominatus contractus est, v. g. pactum de non petendo.

PROTHEORIÆ CAPUT QUARTUM.

DE DOLO.

POsteaquam de contractu, (quod erat tertium caput ex propositis suprà præmunitionibus) satis pro instituti ratione dictum est: Sequitur quarto loco, ut dicamus de iis, quæ in contractibus & quasi contractibus veniunt præstanda, vel non: Enumerantur autem *in hac leg. nostra*

ista tria: *Dolus*, *Culpa*, & *Casus*. De his deinceps ordine & breviter explicabo, quæ videbuntur necessaria atque utilia ad hujus legis argumentum plenius intelligendum; imò etiam aliis multis locis Iuris civilis nonnihil lucis afferre poterunt.

Ad DOLUM quod attinet, dicenda sunt initiò pauca de nomine & origne ejus: tùm de cognatis seu idem significantibus. Ad originem nominis quod attinet, etsi dolum *à deludendo* derivat Isidorus, & Petronius *à dolendo*, & Donatus *à lædendo*, item *à dolando*, (sic enim scribit Isidorus *lib. 5. Etymol. cap. 26. de criminibus in L. constitutis: Dolus est mentis calliditas: ab eo quod deludat, aliud enim agit, & aliud simulat. Petronius aliter æstimat, dicens: quid est Iudicis dolus? nimirum, ubi aliquid factum est quod legi dolet. Donatus autem interpres Terentii ad Eunuch. Dolus, inquit, à lædendo dictus est, sive à dolando, id est, minuendo. Nam & δόλος Græcis læsio dicitur, & dolones tela quædam bellica, & dolare fabri, lignum est, asciá cædere.*) tamen simplicissima eademque verissima est sententia, Vocabulum esse non Latinæ, sed Græcæ originis: quod Donatus etiam videtur agnoscere. Sunt autem & alia vocabula, quę idem significant cum dolo: v.g. apud Ciceronem cum dolo conjunguntur *machinæ, fallaciæ præstigiæ, libr. 3. de natura Deorum.* Et idem *in orat. pro domo sua: Illud in primis*, inquit, *ne qua calumnia, ne qua fraus, ne quis dolus adhibeatur.* Ex quo loco Ciceronis intelligimus, *fraudem* esse idem cum dolo, quæ duo conjunguntur etiam in veteri formula, quam refert Val. Probus *in Notis: D. M. F. V. C. I. D.* id est, *Doli mali fraudisve causa judicium dabo*, quæ sunt verba ex Edicto Prætoris desumpta. Non probo igitur, quod Iacob. Rævardus, eumque secutus Marcus Antonius del Rio inter *fraudem & dolum* sic distinguunt, ut per fraudem intelligatur lata culpa, quæ est dolo proxima, ut paulò post dicetur. Nec magis probo aliorum distinctiones: ut primò, cum aliqui putant, fraudem dici etiamsi non adfuerit consilium & animus decipiendi; sed cum quis vel à seipso suaq; facilitate, vel ex eventu deceptus est & fraudatus. Huic enim sententiæ manifestè repugnant Papinianus *in l. 79. Fraudis interpretatio, infrà h. tit. de Reg. juris.* & Iulianus *in l. si quis cum haberet. digest. Quæ in fraudem credit:* juncto §. *in fraudem, vers. prævaluisse. Institut. quib. ex caus. manum. non licet.* & *l. 7. ff. Qui & à quib. man. lib. non fiunt.* ubi nihil aliud est *consilium fraudulentum*, quàm dolus, quod *consilium fraudis* Imp. Alexand. vocat *in l. 1. Cod. qui manumitt. non possunt.* Secundò, quod alii putant dolum spectari in factis; fraudem in verbis: qua de re videatur Alciatus *de verborum significationibus.* Sed hæc quoque distinctio est commentitia. Tertiò, quòd dolum volunt fieri clàm, fraudem verò palàm. Nam imò etiam fraus æquè fit clàm & per insidias, atque dolus: idque sensit & Cicero, cùm *in primo de officiis* fraudem ait esse vulpeculæ, & odio dignam majore, quàm vim, quæ sit leonis, bestiæ scilicet generosioris, & quæ nihil insidiosè occultare novit: Et fraus inest dolo, ut ait Vlp. *in l. 7. §. sed si fraudandi. ff. de pactis.* Repudiatis itaque hujusmodi ficulneis distinctionibus pro eodem habeamus dolum & fraudem. Quam fraudem idem Vlpianus & ipsam noxiam dici scribit: & quasi quandam præparationem pœnæ esse ait, *in l. aliud est fraus. ff. de verbor. signif.* Sic ab eodem Vlpiano *in l. 7. §. dolo malo. ff. de pactis*, conjungitur *dolus malus, calliditas, & fallacia*: & apud eundem pro eodem accipiuntur *dolus,* cal-

calliditas, fallacia, & machinatio, in l.1.digest.de dolo malo. Et alibi cum dolo m al conjungit idem Vlpianus & pro eodem habet, *nequitiam*: ut *in l. 23. Cum autem §. excipitur. digest. de Ædilitio edicto.* ubi explicat quid sit, *fraudem capitalem admittere*: & addit: Veteres fraudem pro pœna solitos ponere: quod videre licet in his formulis; ut cum dicunt sine fraude in Ius vocare, *l. 8. Qui accusare. ff. de Accus. l.32. Nec magistratib. digest. de injuriis. l. 26. sed etsi. §. Ait prætor. ff. Ex quib. causis majores.* Item pecuniam sine fraude sua capere. *l.1. in pr. ff. ad Falcid.* Quod etiam est apud Valent. Probum *in Notis antiquis litera S. ibi: S. F. S. h. e. sine fraude sua.* In quibus omnibus locutionibus agnoscere licet tropum Metonymiæ. Ponitur enim nobis nomen causæ pro effectu, sive nomẽ antecedentis pro consequente. Sic *dolosam mentem & absconditam machinationem* pro eodem habet Imp. *in leg. ultim. vers. justum est. C. de litigosis.* Sic cum dolo malo idem valet quod *mala fides*. Nam cùm dolus contrarius sit bonæ fidei, ut ait *l. 5. Cod. de resc. vendit.* & bonæ fidei opponatur mala fides. *l. certum est. 22. C. de rei vindic.* & *§. si quis à non domino. Instit. de rerum divisione.* juncto *§. & si in rem. Instit. de officio judicis, aliisq; locis juris plurimis*: manifestum est, etiam malam fidem, (quæ alibi dicitur *perfidia*, ut in *leg. penult. Cod. depositi.* & interdum *malitia*, ut in *l.1. in pr. ff de dolo malo. l. 31. bona fides. ff. depositi.* & *l.38. in fundo. ff. de de rei vindication.* & *mala malitia* apud Plautum *in Aulularia*) cum dolo esse eandem. Atque hæc de plerisque vocabulis æquipollentibus dolo: de quibus plura videri possunt in Lexicis. Sicut autem alia in Iure pariter, & Latina ac Græca lingua sunt vocabula mediæ significationis, quæ Græci vocant μέσα, Latini media (v. g. Venenum, pharmacum, & medicamentum, aliud bonum est, aliud malum. *l.136. qui venenum. ff. de verb. sign.* juncta. *l. quod sæpè 35. §. veneni mali. digestor. de contrahenda emptione.* & *l.3. §. 1. & 2. ff. ad Cornel. de sicariis.* Item, Libido, alia est bona, alia mala; ut apud Salustium *in epistola ad Cæsar. de rep. ordinanda: Quod si tibi bona libido fuerit patriæ, parentibus gratificandi, &c.*) Sic etiam DOLI appellatio ex hoc genere est. Notavit hoc præter Vlpianum *in l.1. §. Non fuit. digest. de dolo malo*, etiam Sex. Pompejus Festus. Vtriusque auctoris verba inter se conferemus. Vlpianus sic ait: *Non fuit contentus Prætor, dolum dicere, sed adjecit malum: quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant; & pro solertia hoc nomen accipiebant: maximè si adversus hostem latronemve quis machinetur.* Festus autem, sive magis abbreviator ejus Paulus Diaconus sic scribit: *Doli vocabulo nunc tantùm in malis utimur: apud Antiquos autem etiam in bonis rebus utebantur: unde adhuc dicimus: sine dolo malo, nimirum, quia solebat dici & bonus.* Notandum autem, quotiescunque absolutè & sine adjectione aliqua positum legimus *dolum*, intelligi debere dolum malum: ut aliquoties in hac ipsa lege, & aliis locis infinitis, quod & Delrio annotavit *cap.1. num.2.* Porrò de dolo bono insignis est locus apud Chrysostomum *libr. 1. de Sacerdotio*: ubi sic ait: *Fraus ipsa non semper incommoda est, sed pro eorum qui eam adhibent, animo atque consilio, bona malaq; rei nomen sortitur.* Idemque Chrysostomus *homil. 6. in 2. capit. epistolæ ad Coloss.* ait: Paulum ibi non frustra dicere *inanem deceptionem*, quia sit etiam quædam bona deceptio & fraus, qua multi fuerint decepti in bonum, quæque non sit fraus appellanda. Addueit deinde locum ex *Hieremiæ cap. 20.* ubi Prophe-

pheta ad Deum: *Decepisti me*, inquit, *Domine*, *& deceptus sum.* Allegat quoque exemplum Iacobi decipientis patrem Isaacum, *Gen.* 27. Sic Basilius Magnus etiam *in Exposit. Proverb. Salom.* Scribit esse quandam vafriciem bonam & laudabilem. (εἶναί τινα καλὴν καὶ ἐπαινετὴν πανουργίαν.) Et Æschylus, fraudem quandam agnoscit justam, cui ne Deum quidem denegare auxilium suum testatur, Ἀπάτης δικαίας οὐκ ἀποστατεῖ θεός: quæ *fraus justa* nihil aliud est, quàm *dolus bonus*, de quo hic agimus, quem & Quintus sive Cointus Smyrnæus *in Paralipomenis Homericis* aliquoties vocavit δόλον ἐσθλόν.

Prius verò quàm pergamus ad definitionem doli mali quæ extat *in l.* 1. §. 2. *ff. de dolo malo*, & *in l.* 7. §. *dolo malo. ff. de pactis*: operæ pretium me facturum, & auditores jucunda quadam varietate recreaturum confido, si illustria quædam doli boni exempla recensuero ex optimis probatissimisque scriptoribus. Nihil autem hìc dicam de strategematis, ad quæ allusit Vlpianus in *d. l.* 1. §. 3. *Non fuit. ff. de dolo malo*, cùm ait, *si adversus hostem quis machinetur.* Huiusmodi enim strategematis pleni sunt & Historicorum libri, & ex professo de iisdem scripserunt totos libros, ex Latinis quidem Iulius Frontinus, ex Græcis Polyænus. Nuperrimè quoque Elias Reusnerus Professor Ienensis integrum de hoc argumento volumen emisit. Non attingam hìc nobilem illam quæstionem, quam Interpretes movent occasione verborum *in textu d. l.* 1. Utrum hosti aut latroni datam fidem servare oporteat: de qua post veterum Interpretum disputationes videri potest Franc. Hotoman. *in illustrib. quæstionib.* Cui & illa quæstio est vicina: an Hæretico data fides servanda sit: de qua alibi tractavi. Porrò inter exempla doli boni, meritò primum sibi locum vendicant, illa quæ in sacris bibliis extant. Tale est in historia Abrahami, quod semel atque iterum Patriarcha ille uxorem Saram finxit esse sororem suam, metu periculi, & quo magis consuleret saluti suæ inter Barbaros, ut notum est ex *Gen. cap.* 12. *vers.* 13. *&* 19. *& cap.* 20. *v.* 2. 5. Quod patris exemplum posteà imitatus est & filius Isaacus in uxore sua Rebecca, *Gen.* 26. *v.* 7. Sic idem Abrahamus Dei jussu mactaturus unicum filium, aliud præ se tulit, nempe se pecudem aliquam pro victima immolaturum Deo, *Gen.* 22. *v.* 8. Sic dolus bonus fuit solertia illa Iacobi, qui de consilio matris circumvenit patrem Isaacum præ senectute jam cæcutientem, ab eoque astu impetravit benedictionem debitam primogenito filio, atque ita defraudavit fratrem Esau. *Gen.* 27. Tametsi is, ut homo profanus, jam anteà jura primogenituræ fratri natu minori vendiderat pro pulmento, ut scriptum legimus *Gen.* 25. *v.* 31. *& seqq.* Quod eius factum graviter reprehendit Paulus *ad Hebr. cap.* 12. *v.* 16. *& seq.* Deque eadem venditione quod per pœnitentiam venditoris revocari non potuerit, valdè eruditè & Iuri Civili convenienter disputat S. Isidorus *lib.* 4. *epist.* 26. Aliud exemplum doli boni præbet illa Iacobi industria, quam adhibuit in procuranda conceptione agnorum diversi coloris & maculosorum, ut præ socero suo iniquo homine copiosis gregibus locupletaretur. *Gen.* 30. *v.* 37. *& seqq.* Rursum aliud exemplum est in uxore Iacobi Rachele, quæ in disceptu à patre suo Labane idola ejus furata mirifico astu abscondit, ejusque insidens nec patri illa quærenti assurgens finxit, menstruum pati fluxum, atque ita astutè sollicitudinem quærentis delusit. *Genes.* 31. *vers.* 34. *& seq.*

Aliud

Aliud exemplum est in historia Iosephi *Genes.* 44. ubi Iosephus olim à fratribus venditus, jam verò in summa dignitate, & quidem Regiæ proxima constitutus, quò magis anxios redderet fratres, qui ad frumentum emendum in Ægyptum venerant, eosque in se descendere, suaque scelera agnoscere cogeret; hunc excogitavit dolum bonum, ut scyphum suum argenteum juberet in saccum fratris natu minimi in summo includere, quo in inquisitione penes ipsum deprehenso furti arguere fratrem, ac pro servo secum retinere posset. Aliud celeberrimum exemplum doli boni extat *Exodi* 12. *v.* 35. *& seq.* in Iacobi posteris Israëlitis, quo adversus Ægyptios usi sunt jam jam ex ipsorum regione jussu Dei emigraturi. Nam vasa pretiosa aurea & argentea, nec non vestimenta quasi commodato ab ipsis sumpserunt, & secum asportârunt: idq; Deo ipso probante & prædicente, & gratiam quoque ipsis largiente apud Ægyptios, *Exodi* 3. *v.penult. & ult.* item *Exodi cap.* 11. *v.* 2. *&* 3. Cum alioquin ita essent detestabiles & exosi Ægyptiis Hebræi, ut cibum unà capere nefas haberent, *Gen.* 43. *v.* 32. & *cap.* 46. *v. ult.* De illius verò facti justitia & æquitate multa multi Sanctorum Patrum disputarunt, idque à furti crimine defendere laborârunt: ut videre licet apud Tertullianum *libr.* 2. *adversus Marcionem cap.* 20. & apud Augustinum *in Quæstion. in Exod. quæst.* 39. & apud Theodoretum *quæst.* 23. *in Exodum.* item apud Isidorum Pelusiotam *lib.* 1. *epist.* 196. & *libr.* 4. *epistol.* 87. Plerique autem in eo conveniunt; quòd, quia Ægyptii Hebræos diu presserant laboribus durissimis, nullâ pro eis mercede persolutâ, æquissimum fuerit, ut hac ratione loco mercedis, & pro compensatione laborum, secum auferrent ipsorum res pretiosas à Deo ipso sibi addictas. Sed hoc obiter. Ad alia pergamus doli boni exempla. Talis etiam videri potest in historia sacra populi Iudaici illa calliditas, qua usi sunt Gabaonitæ, *Iosuæ cap.* 9. qui cum essent devoti, & destinati exitio atque internecioni, Iosuam fraude circumvenerunt, ab eoque pacem impetrârunt; simulantes, se ex longinquis regionibus advenisse oratum pacem, & ut sibi parceretur; cum tamen in media palæstina habitarent. Sic historia Davidis aliud exemplum doli boni præbet, ubi Ionathas fidelissimum amicum insidiis & violentiæ patris Saulis ereptum dolo quodam bono præmonet de cavendo vitæ periculo, ut describitur latè 1. *Reg. cap.* 20. Rursum aliud exemplum doli boni præbet idem David, quando in exilio suo ad Regem Achis diverterat, & simulata insania insidias declinavit, quas sibi à barbari Regis aulicis strui animadverterat, 1. *Reg. cap.* 21. Sic & Nathan Propheta dolo bono aggressus est Regem Davidem, proposito ipsi apologo de unica ove pauperis, ereptâ ei per divitem πολύμηλον, quo nimirùm faciliùs adduceret Regem ad confessionem proprii criminis, & seram pœnitentiam. Atque hæc sufficiant de exemplis, quæ ex sacris literis sunt deprompta.

Addamus & alia pauca aliunde desumpta. Inprimis verò nobile est doli boni exemplum in medicis, quorum solertiam in propinandis amaris pharmacis lepidissimè describit Lucretius *libr.* 1. *de Natur. Rerum*, ubi ait, se quoque illos imitari, dum sicut medici amara, & ingrati saporis pocula dulci liquore exterius tincta propinant ægrotis, maximeq; pueris: ita ipse tristia & severa atque obscura philosophiæ dogmata dulcedine & perspicuitate suorum carminum hominibus commenda-

mendare & instillare conatur, qui aliâs propter nimiam austeritatem ab illis facilè abhorrere & resilire potuissent: Versus aurei hi sunt:

Sed veluti pueris absinthia tetra medentes
Cùm dare conantur, priùs oras pocula circum
Contingunt mellis dulci flavoq; liquore:
Ut puerorum ætas improvida ludificetur
Labrorum tenus intereà perpotet amarum
Absinthij laticem; deceptaq; non capiatur,
Sed potius tali facto recreata valescat:
Sic ego. &c.

Quibus quidem versibus tantoperè ipse sibi placuit, eosque tàm charos habuit, ut eosdem etiam repetiverit *in proœmio lib.* 4. Nec immeritò. Oportet enim bis térve id quod pulchrum est, ut habet proverbium, repetere. Sic eâdem comparatione alii quoque luculenti Scriptores usi sunt. Nam & Lactantius eloquentissimus auctor *libr.* 5. *cap.* 1. ait: *Circumlinatur modò poculum cœlesti melle sapientiæ, ut possint ab imprudentibus amara remedia sine offensione potari, dum illiciens prima dulcedo acerbitatem saporis asperi sub prætextu suavitatis occultat.* Sic Vinc. Lirinensis, qui commonitorium scripsit elegantissimum adversus hæreses *cap.*35. *faciunt*, inquit, *quod hi solent, qui parvulis austera quædam temperaturi pocula, priùs oram melle circumlinunt, ut incauta ætas, cum dulcedinem præsenserit, amaritudinem non reformidet.* Sic & Simplicius *commentario doctissimo in Enchiridion Epicteti pagin.* 88. *Editionis Venetæ*; *Quemadmodum*, inquit, *Medici amara pharmaca sæpè melle inungunt, &c.* Sic Plutarchus elegantissimè eâdem comparatione est usus *propè finem libr. de educ. liber. Quemadmodum*, inquit, *Medici amara medicamenta dulcibus succis ac liquoribus permiscentes delectationem invenerunt pro vehiculo sanitatis: sic parentes oportet suarum objurgationum & castigationum severitatem mansuetudine temperare.* Chrysostomus quoque remittit nos ad medicorum officinas, & ab illis plura doli boni exempla petere jubet, *lib.*1. *de sacerd.* Ex quo non erit abs re quædam hîc subjicere: *Quòd conveniat astu uti etiam adversus amicißimos quosque, & non solùm adversus hostes: quodque id conducat non modò circumvenientibus, sed etiam circumventis: ad unum aliquem ex medicis profectus sciscitare, quo pacto illi morbo aliquo laborantes liberare soleant: Certè ex iis audies, non satis esse nudam & meram artem, sed aliquoties eos uti impostura, cujus auxilio cum arte medica conjuncto ægrotantem pristinæ restituant sanitati. Dùm enim hinc morositas ægrotantium, hinc difficultas morbi, medicorum consilium adversatur: tum illi coguntur fraudi atque imposturæ personam induere, ut quod in scena fieri solet, ubi plurimum loci est omnibus fictis & adumbratis, occultare poßint rerum & factorum veritatem.* Affert deinde memorabile exemplum talis fallaciæ febricitanti structæ à medicis, dignum profectò quod à nobis quoque hîc recitetur. *Aliquando febris subitanea hominem corripuit magno cum impetu & flamma attollebatur. Æger autem illa quidem*

dem

dem quibus extingui posset febrilis ardor adversabatur, contrà verò appetebat talia quæ exitium ipsi afferre potuissent: & omnes ad se ingressos observabat, ut merum copiosum sibi præberent, quo sitim expleret. Verum si quis morem gessisset pernicioſæ ipsius cupiditati, non solùm magis magisque accendisset febrem, verum etiam ad insaniam ipsum redegisset. Hîc igitur quid faciendum fuit? Cum ars medica deficeret, nec ullam inveniret rationem salutis, sed penitus de suo loco deturbata esset, in locum ejus succedens fraus, vim suam ad ægri sanitatem conferens declaravit, Medicus enim recens vas testaceum ex figulina arreptum, cum etiam nunc caleret à camino demersit in vinum indeque mox retractum, sed inane, implevit aquâ. Tùm ne fortè dolus, quem meditabatur ad ægri salutem, lumine patefieret, curabat conclave illud, in quo æger decumbebat, multis appensis velis obscurari: sic deinde vas aqua repletum, & tamen intereà redolens vinum, quo recens testa fuerat imbuta, ægro porrexit educendum. At ille etiam antequàm manu vas contingeret odore vini afflatus nihil amplius inquirens de genere potus sibi porrecti, qualis esset, mox odori soli fidem habuit, & simul tenebris circumventus, ac vehementiâ cupiditatis impulsus, inque fraudem illectus, magnâ alacritate aquam ex vase porrecto hausit: atque ita impletus, non modo sitim intolerabilem restinxit, sed etiam æstum febrilem depulit, ac vitæ periculum sibi impendens evasit. Tantum ei lucrum attulit ista fraudis deceptio, & plus arte doctâ valuit. Hæc ibi Chrysostomus de medici dolo bono & salutari. Idem Chrysostomus *lib.* I. *adversus Iudæos* non absimilem habet locum, ubi ipsius Dei institutum in gente Iudaicâ confert cum facto medici in curando ægroto: *Deus*, inquit Chrysostomus, *dum sacrificia permisit populo Iudaico, morem gessit infirmitati ejus, quod viderit proclives ad cultum Idolorum, & per Idololatriam perituros, nisi ipsis indulgeret, victimarum immolationem. Nec diu pòst tamen ipsum locum, in quo uno omnem sui cultum peragi voluit* (intellige urbem Hierosolymam) *confregit atque evertit, ne amplius sacrificia celebrare posset. Non aliter solet medicus, qui videns hominem febricitantem morosum, sibique minimè temperantem, si aquam frigidam bibere concupiscat, periturum ni accipiat, planeque futurum, ut vel ad laqueum confugiat, vel seipsum è sublimi det præcipitem: permittit ei id in quo minus est mali, studio declinandi alterius majoris ac præsentanei mali: videlicet hoc agens, ut à violentâ morte ipsum revocet. Deinde posteaquam indulsit appetitui laborantis, mox è suis ædibus allata phiala præcipit, ut ex nullo alio poculo aquam bibat, nisi perire velit. Sic persuaso ægroto ut in animum inducat medico morem gerere, clanculum mandat astantibus & ministrantibus, ut illam phialam medici, ex qua sola ægrum bibere ex præscripto medici oportebat, quasi per negligentiam seu casu confringant. Ita fit, ut æger de dolo nihil suspicans, ab illa sibi noxia futura cupiditate aquam frigidam bibendi abstrahatur.* Hæc de medicorum dolo bono: cujus generis multò plura exemplo proferri poterant: prætertim in Melancolicis morbis curandis usurpata, se ea petere licet, ex observationibus Schenckii medici Friburgensis, & aliorum, sanè mirificis & sæpè ridiculis. Adjungamus his etiam matrum & nutricum solertiam: quæ cùm infantes jam paulò firmiores ablactari & solidiori cibo assuefacere meditantur, quò faciliùs ipsos lacte depellant, hac utuntur arte & fallaciâ, ut pa-

 pil-

pillas ſuccis amaris illinant. Sic enim infantes dum ab illâ amaritie abhorrent, ſimul etiam lactis ſuctionem omittant ac repudiant: & paulatim priſtinæ ſibique gratiſſimæ conſuetudinis obliviſcuntur. De hac re item pulcherrimus eſt locus apud Chryſoſtomum *homilia 17. in Matthæum*, Vbi prolixè per inductionem docet, non omnia omnibus vel temporibus, vel hominibus convenire, & apta eſſe. *Mammilla*, inquit, *nutricis, cum omne ſuum impleverit officium, & puerum ad menſuram firmioris ætatis adduxerit inutilis videtur: & parentes, qui prius neceſſariam filio ſuo eſſe judicabant poſteà mille eam irriſionibus proſequuntur: plerique autem eam non ſolùm verbis horribilem faciunt: ſed etiam amaris quibusdam herbarum ſuccis oblinunt: ut cum ſermone nequiverint importunum jam circa illam pueri deſiderium compeſcere, ipſis ſaltem rebus illud extinguant.*

Non debui ſuperiùs omittere exemplum doli boni, quod illuſtre extat in hiſtoria Salomonis, *lib.3. Reg. cap.3.* Vbi ſapientiſſimus Regum in judicio inter duas fœminas de ſuis infantibus contendentes, quorum alter noctu oppreſſus erat ſuperſtite altero, ut indagaret utra earum eſſet mater ſuperſtitis, finxit ſe velle jubere infantem ſuperſtitem gladio diſſecari medium, & inter ambas partiri, quoniam aliter veritas patefieri non poſſit: quo facto manifeſta elicuit indicia στοργῆς φυσικῆς maternæ: unde collegit quænam eſſet mater viventis, quod exemplum tantò libentius addo ſuperioribus: quia & Acurſius illud affert ad *l. 1. ff. de dolo malo*, in verbo: *ſervat*: ubi alia quoque plura doli boni exempla annotavit.

Sed jam tempus eſt à *dolo bono* tranſire ad *dolum malum*, qui etiam (ut ſuprà admonui) toties intelligi debet, quoties abſolutè *dolus* nominatur, quod & Antonius Faber annotavit *in Rationalibus Pandectarum ad dict. l. 1. §. non fuit. ff. de dolo malo.* Quod igitur attinet ad Doli mali DEFINITIONEM, ſicuti aliarum rerum ſæpè fuit diſſenſio inter veteres ICtos, propter naturalem ſcilicet hominum ad diſſentiendum facilitatem, quæ dicitur in *l. 17. Item ſi unus §. principaliter. ff. de receptis arbiris.* Ita hîc quoque diſſenſerunt circa definitionem doli mali: quam non unam neque eandem omnes aut tradiderunt aut probârunt. Cajus Aquilius Gallus collega & familiaris Ciceronis, qui primus formulas de dolo malo invenit & protulit, interrogatus quid eſſet dolus malus, reſpondit, *cum aliud eſſet ſimulatum, aliud actum*, ut teſtatur Cic. *in 3. de offic.* & *lib. 3. de Nat. Deor.* ubi judicium de dolo elegantiſſimè appellat *everriculum omnium malitiarum.* Quodque Aquilius hanc voluerit eſſe definitionem apparet, vel ex iis verbis Ciceronis quæ *in d. loco off.* ſubjicit: *Quod ſi Aquiliana definitio vera eſt, ex omni vita ſimulatio diſſimulatioq; tollenda eſt.* Et mox: *Dolus autem malus ſimulatione & diſſimulatione, ut ait Aquilius, continetur.* Hanc definitionem, ſicut diſcimus ex *l. 1. §. 2. digeſt. de dolo malo*, amplexus eſt etiam Servius Sulpitius, qui & ipſe ſummus fuit amicus Ciceronis, ut notum eſt tàm ex *epiſtolis*, quàm ex *Philippica 9.* Sed addidit Servius nonnulla verba, ſic enim ait: *Dolum malum eſſe machinationem quandam alterius decipiendi cauſa, cum aliud ſimulatur, & aliud agitur.* Poſſumus autem dicere, illa verba quæ addidit Servius, nequaquam voluiſſe Aquilium excludere: ſed potius modis omnibus ſubintelligi & præſupponi: idcircò autem ea non expreſsè poſuiſſe, quod ſatis obvia cujuslibet intellectui ea eſſe viderentur, ſimulatque audierit quis dolum

dolum malum nominari. Nam qui dolum malum committit, is non facit aliquid quod alteri prosit, sed magis ut ei incommodet, ac noceat, sua deceptione, & machinatione. Argumentum est, quod & Paulus (quò tamen non facilè quisquam ex ICtis accuratior esse solet) *lib.* 1. *sent. tit.* 8. non aliter definit quàm Aquilius. *Dolus malus*, inquit, *est*, *cum aliud agitur*, *aliud simulatur*. Et S. Augustinus eandem retinuit in hoc insigni loco, quem subjiciam *ex ipsius tract.* 7. *in Ioannem*: *Dolus fraus est, simulatio est. Quando aliquis aliud in corde tegit, & aliud loquitur, dolus est: & tanquam duo corda habet: & omnis qui verba Latina intelligit, scit quia dolus est cum aliud agitur, & aliud fingitur.* Valde quoque huc facit locus Basilii Magni, qui in Asceticis distinguens inter *dolum & κακοήθειαν*, id est, *malignitatem indolis*; ait hanc quidem esse primam illam & reconditam atque occultam ingenii perversitatem: (Sallustius vocat *ingenium malum pravumq;*) illum verò, quando insita illa & interior malitia foràs prorumpens sese exserit ad struendas alteri insidias: dum quis præ se fert figuram ac speciem alicujus boni: idque velut escam sive illecebram alteri objiciens, eo ipso interim suas insidias peragit. Cum definitione Servii ferè congruit illa Sexti Pedij *in l.7.§.dolo malo.ff.de pactis.* *Dolus malus*, inquit, *fit calliditate & fallacia, quoties circumscribendi alterius causa aliud agitur, & aliud agi simulatur.* Neque verò ullum mihi dubium est, quin omnes illi, qui in definitione doli posuerunt *simulationem* & *dissimulationem*; habuerint ante oculos insignem Homeri locum, quo quidam detestatur, & abominatur omnes eos, quicunque loquuntur ore aliud, tacitoque aliud sub pectore condunt, eos inquam in minore odio, quàm ipsas Orci portas se prosequi profitetur.

Has tamen definitiones reprehendisse scribitur Labeo: & ipse dolum malum aliter definivisse: nempe quod sit *omnis calliditas*, *fallacia*, *machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* Etsi autem fortassis in hac quoque Labeonis definitione (quam non video quo argumento quidam abjudicare conentur Labeoni, & asscribere Triboniano) non minùs multa, si quis argutari vellet, aut nodum in scirpo (quod dicitur) quærere, reprehendi & carpi possent; quàm in definitione Aquiliana & Serviana (usque adeò periculosæ plenum opus aleæ est, rectè & commodè definire. *arg. l. omnis definitio. infra h.t. & ibi Dd. vulgò*: vel etiam ubi probè definieris, ab omnibus probè intelligi, & malignitatis atque calumniæ dentes effugere) tamen nunc illam retinebimus pro bona & perfecta, breviterque examinabimus.

Cum autem omnis definitio debeat constare ex genere & differentia, cumque suo definito converti seu reciprocari: in hac definitione loco generis tria ista ponuntur: *calliditas*, *fallacia*, *machinatio*: quæ verba tamesi aliquando pro æquipollentibus usurpata reperiuntur, tamen ne quis fortè existimet, tautologiam vel redundantiam quandam inanem, otiosam atque odiosam à Labeone commissam esse præstat inter ea distinguere, sicut etiam Accursius ipse distinguit *in gl.d.l.1.de dolo malo*, nempe ut *calliditas* consistat in animo, & tacendo committatur: *fallacia* fiat mentiendo, & in verbis consistit: *machinatio* denique in factis posita sit.

Non enim probo quod Accursius scribit machinationem esse eam, quæ fiat arte verborum. Nam hac ratione nihil differret machinatio à fallacia, quæ & ipsa fit verbis, *ut sup. dict. est.*

Sequentia verba habent rationem differentiæ, & significant causam finalem [*ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.*] Nisi enim is qui quid agit callide & fallaciter, quique aliquid machinatur, hunc sibi propositum habeat finem ac scopum, ut alium lædat (sive hoc fiat circumveniendo, sive fallendo, sive decipiendo.) propriè loquendo non erit dolus. Nam etsi res ipsa quoque interdum in se habet dolum *l.36. si quis cum aliter.ff.de verb. obl.* tamen is est potiùs dolus ex eventu, quam ex proposito; atque ita impropriè dicitur dolus. Monet autem Accursius *in verbo, Circumveniendum,* singula horum verborum singulis præcedentibus esse reddenda: ubi hoc vult, verbum *circumvenire* respondere *calliditati: fallere* respondere *fallaciæ: decipere, machinationi.* Non frustrà etiam additur [*alterum*] quia videlicet si quis hoc agat ut seipsum fallat aut decipiat (quod quidem longè facilimum esset Demosthenes & Cæsar: quod enim volumus, hoc libenter etiam credimus, nobisque persuademus id non aliter se habere, tametsi plerumque res longè aliter sit comparata.) non propriè est dicendus dolus. Nam neque injuria propriè est adversus semetipsum, sed adversus alterum, sicut & jus & justitia. Hinc qui se ipsum decipit, neminem alium habet de quo jure conqueri possit, aut, qui hoc nomine ipsi sit obnoxius: Sed is tantum qui ab altero est circumventus, de dolo actionem adversus eum habet.

Illud non insubtiliter animadvertit Giphanius *in comm.ad d.l.1.ff.de dolo malo,* Servium in sua definitione aliam spectasse notionem Doli; & Labeonem aliam in sua ante oculos habuisse. Serviana doli notio, & quidem propria, hæc est: qua dolus significat calliditatem quandam conjunctam cum studio occultandi: altera verò notio est qua dolus idem valet, quod proæresis, sive propositum animi & consilium malignum: ac passim locorum in jure opponitur imprudentiæ, errori, imperitiæ, rusticitati, item casui fortuito vel etiam lusui & joco.

Plura de diversis illis definitionibus, videri possunt apud Giphanium, ut & apud Franc. Hotomannum *in Comm. ad orat. Cicer. pro Cæcinna & lib. 1. observat. cap. 20. & lib. 4. cap. 4.* Item apud Duarenum, & Cujacium *lib. 3. obs. & in comment. ad tit ff. de dolo malo.* Qui etiam *in paratit. ff.* sic definit: *dolus malus,* inquit, *est ratio vafra decipiens alium alio nomine vacans.*

De cæteris hujus definitionis membris nihil dicam, quia satis intelliguntur ex superioribus: Tantum restat ut videamus quare extremam illam clausulam adiecerit. Quod ipsum duabus potissimum de causis fecisse arbitror. Prima est, quia de dolo actio non datur, quotiescunque res aliâ vel actione vel exceptione servari potest *d. l. 1. §.ait. prætor.ff. de dolo malo.* v. g. Si dolus malus intervenerit in emptione, in locatione, in societate, & aliis hujus modi contractibus, non datur actio de dolo. Cur ita? Quia sufficit illa actio, quæ ex eo ipso contractu competit v. g. Actio empti venditi, locati conducti, societatis, &c. Cum igitur per talem actionem, quæ non est famosa, possit corrigi id quod dolo factum est; non est necesse, ut ad hanc odiosam & famosam actionem recurratur. Parcendum enim

enim duxerunt legislatores famæ hominis, quantum omninò fieri possit: cum fama & vita hominis æquiparentur, & (ut ajunt) pari passu ambulent: ac semel amissa non possint revocari. Altera causa est, quia omnia delicta & crimina committuntur quidem non absque dolo: (nam si factum dolo vacet, non erit ferè delictum aut crimen) veruntamen illorum pleraque habent suum peculiare ac proprium nomen: v.g. aliud dicitur furtum: aliud rapina, seu vis: aliud injuria: aliud damnum: aliud homicidium: aliud adulterium: aliud explicatio hereditatis: aliud violatio sepulcri: aliud perjurium: aliud falsum: aliud perduellio, seu crimen læsæ Majestatis: aliud blasphemia: aliud sacrilegium: aliud magia, item sacrilegium: aliud simonia: aliud hæresis: & quis omnia maleficia enumerare possit? quorum nullum est quod non in se contineat dolum: sed non propterea dicitur dolus malus, aut actionem de dolo parit. Vel si nomen speciale sive titulum criminis non habeant, (ut quædam sunt) ad stellionatus crimen velut ad locum communem quendam referuntur. *l. 3. §. 1. ff. de crimine stellionatus*, ubi eleganter Vlpianus ait: *quod in privatis judiciis est de dolo actio: hoc in criminibus, stellionatus persecutio*: Quæ verba ex jam dictis satis intelliguntur. Atque ex hoc ipso loco videtur Cujacius sumpsisse illam definitionis suæ particulam, quæ pertinet ad differentiam constituendam.

Sed ei, quod suprà ex Cicerone diximus Aquilium primum invenisse formulas de dolo; obstare videtur, quòd multò ante natum Aquilium dolus etiam legibus antiquissimis fuerit vindicatus: v. g. Lege XII. Tabularum, Lege Lætoria. Deinde & judiciis bonæ fidei: ut ipse testatur Cicero *lib. 3. de offic.* Quorsum ergo (inquit quispiam) opus fuit novis formulis ab Aquilio adinventis: quandoquidem aliæ LL. itemque judicia bonæ fidei dolum satis vindicabant? an non igitur supervacua hîc fuit diligentia Aquilii, novum quoddam everriculum malitiarum excogitantis? Respondeo non omnis dolus illis quas diximus legibus aut judiciis vindicabatur, vel emendabatur: sed tantùm paucæ doli species. v. g. per legem XII. Tabularum dolus in tutela admissus: Deinde per Legem Lætoriam coërcebatur tantùm circumscriptio adolescentum, quæ hodie per Edictum Prætoris de Restitutione minorum 25. annis corrigitur. *toto tit. ff. & Cod. de Minor. 25. annis.* Denique per judicia bonæ fidei is tantùm dolus emendatur, qui in contractibus bonæ fidei, ex quibus illæ actiones nascuntur, adhibitus fuit. Quia verò dolus est multiplex, & longè latius patet, eumque corrigi & coërceri non minùs interest Reipublicæ: Idcirco Aquilius viam ac rationem invenit laxiorem, qua id fieri posset novis excogitatis & traditis formulis de dolo malo: hoc est, non solùm propria quadam formula, quæ appellatur *Actio de dolo*: (sæpè enim formulæ significant ipsas actiones: ut *formula hypothecaria*, ad quam scripsit Marcianus ICt. nihil aliud est, quàm *Actio hypothecaria.*) verum etiam stipulatione seu cautione doli mali: v. g. *dolum malum abesse, absuturum esse*: quod Græcis est ἄνδ δόλȣ κ̀ ἀπάτης: Germanis, ohn arge list vnd gefehrde. De qua fit mentio in Institut. *tit. de divis. stipulat.* & in *l. 38. stipulatio ista. §. si quis dolum. l. 53. stipulationes l. 119. doli clausula*, & *l. 121. Ex ea parte. in princ. ff. de verbor. oblig.* Item *in l. 69. Hæc verba digest. de verb. signif.* Non dubito quoque quin etiam exceptionem doli mali, ejusque formulas,

mulas, invenerit idem Aquilius: de qua videatur *titul. digest. de doli mali & metus exceptione.*

Satis hucusque dictum & de definitione doli mali & de origine, sive de auctore formularum doli mali. Proximum esse videtur, ut cognoscamus num quæ sint DIVISIONES. Et quidem primo à IC. dolus ita distinguitur; ut alius sit *præteritus*, alius *futurus*: Quorum de priore licita sit pactio, qua ille remittatur, ne scilicet de illo agi possit: De altero non liceat pacisci. Cujus differentiæ ratio est, quia istud pactum, de dolo futuro ne quis teneatur, invitaret homines ad delinquendum; atque ita esset contra bonos mores: alterum verò quo alicui fit gratia doli præteriti, non item. Factum enim non potest fieri infectum. *l. 5. Illud convenire. ff. de pactis dotal. l. 27. si unus. §. Illud. ff. de pactis cum similibus.* Sed hac de re pleniùs agetur infrà, quando ipsam Regulam nostram per suas Enunciationes distributam evolvemus. Nunc enim prælúdia tantùm tradimus.

Deindè Interpretes vulgò dolum faciunt alium *verum*, alium *præsumptum*. Bartolus *in l. Quod Nerva. ff. depositi.* Paulus Castrensis *ad l. 6. Dolum. Cod. de dolo malo.* Parisius Card. *consil. 49. n. 30. & duobus seqq. volum. 1.* Dolum *præsumptum* vocant, quem Lex & Ius ipsum præsumit intervenisse in aliquo actu, puta, dum quis non observavit formam à lege præscriptam: item cum quis enormissimè est læsus &c. Et hunc dolum præsumptum alia probatione non indigere: ut docet Parisius *Consil. 100. n. 68. volum. 2.* Dolum *verum*, sive realiter commissum, vocant eum qui apparet & probatur ex indiciis & conjecturis *l. 6. C. de dolo malo.* ubi pro eo quod vulgò legitur [*ex indiciis*] Cujacius *lib. 11. obs. cap. 11.* putat restituendum esse [*ex insidiis*] Hanc tamen vulgarem Dd. divisionem doli mali quidam repudiant, ut Ioh. Oldendorpius *in præfat. ad classes actionum, tit. de dolo*: ut magis obscuram quàm utilem esse hanc distinctionem de dolo vero & præsumpto: nihilque nisi excusationem fraudis suppeditare. Videatur etiam Pard. Pratæus *in Lexic. Iur. in verbis: dolus malus*: ubi ait: & omnem calliditatem contra Ius adhibitam ad alterum decipiendum, verè esse dolum malum: & omnem dolum malum esse etiam præsumptum: quia non possit probari, nisi indiciis & præsumptione: quamvis dolum præsumptum vulgò putent non indigere alia probatione: ut est apud Parisium *Cons. 100. num. 68. vol. 1.* Sed ICti. veteres promiscuè his verbis uti solent: *dolum esse*, vel *dolo facere, & videri aliquem dolo fecisse.* Cum hac autem divisione ferè convenit illa altera; qua dolus alius dicitur esse *ex proposito*, alius *ex re ipsa*: de qua explicari solet *ad l. 36. si quis cum aliter. digest. de verbor. oblig.* & de ea agit Parisius *Cons. 99. n. 20.*

Prætereà sunt qui partiantur dolum in *simplicem*, quem volunt fieri sine consilio, sineque proæresi: & in *deliberatum*, qui est conjunctus cum proæresi: & denique in *insidiosum ac proditorium*, qui specie amicitiæ committitur: ut exemplum habemus in Ioabo, in historia Davidis, & apud Evangelistas in Iuda proditore. Sed hanc divisionem refutat Gifanius *in comment. de divis. Iuris. num. 87.* quia scilicet nullus fit dolus sine proæresi: & quia in omni dolo latent insidiæ: deniq; quia vel maximè ille dolus habeat insidias, quem vocant proditorium. Ibidem quoq; reijcit sententiam Cagnoli, qui commentus sit quinque species doli.

PRO-

PROTHEORIÆ CAPUT QUINTUM.

DE CULPA.

TRansfeamus à DOLO ad CULPAM. Hoc enim erat alterum ex suprà propositis, quæ in contractibus præstentur.

Initiò notanda est varia SIGNIFICATIO VOCABULI. Nam Culpa nonnunquam generaliter & latissimè usurpatur etiam de dolo, & quovis maleficio: ut cum Horatius ait:

Culpam pœna premit comes.

Item cum Cicero scribit 1. *de officiis*, Cavendum esse, ne major pœna quàm culpa sit. Idemque *in epistolis* Sapientis esse nihil præstare præter culpam. Sic vacare culpâ maximum solatium esse dicitur. Sic Catullus:

------ Tantum tibi gaudium in omni
Culpa est, in quacunq; est aliquid sceleris.

Altera notione Culpa in specie sumitur; ita ut distinguatur à dolo, & maleficio, eique opponatur: quod & in hac lege nostra fit, & plerisque locis Iuris nostri, ubi culpæ nomen reperitur. Ex quibus apparet, priorem illam significationem huc non pertinere: sed tantùm posteriorem & specialem; qua culpa denotat quandam negligentiam, socordiam, desidiam, segnitiem, imprudentiam, inconsiderantiam, inertiam, ineptiam, rusticitatem, simplicitatem, ignorantiam, atq; imperitiam. His enim vocabulis omnibus sæpè promiscuè utuntur & ICti & Impp. *vid. l. 236. Magna. ff. de verb. signif. & ibi Dd. §. præterea. Inst. Quibus mod. re contrah. juncta l. 1. §. Is quoq; apud quem. ff. de oblig. & actionib. & l. 72. socius socio. ff. pro socio. l. 1. §. Is tutor. cum §. seq. ff. de suspectis tutorib. cum similib.*

DEFINIRI autem potest culpa; quòd sit læsio quædam rebus alienis illata per negligentiam & imprudentiam, vel faciendo quid, vel omittendo, quæ quidem læsio potuisset humanitus caveri atque evitari. Evolvamus paululum hanc descriptionem. In ea primùm pro genere posita est *læsio*. Nisi enim hæc secuta fuerit, non facilè culpa in considerationem venit: neque quidquam præstare quis cogitur: quamvis alioqui negligentissimus & imprudentissimus sit. Tritum enim est illud Vlpiani: verba cum effectu accipienda esse. *l. 1. §. 2. hæc autem verba. digest. Quod quisq; juris in alium stat. l. pen. §. docere. ff. Ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat.* Vnde nec dolus & fraus consideratur, nisi læsio vel captio sequatur. *l. 36. si quis in pignore. §. 1. in f. ff. de pignorat. action.* & *§. in fraudem. Institut. Quib. ex causis manumittere non licet. cum similibus.* Additur in definitione: *per imprudentiam & imprudentiam illata.* Quibus verbis continetur differentia, qua separatur culpa à dolo. Nam in ea læsione, quæ per dolum infertur, intervenit militia, sive ut Terentius ait, *Mala mens, malus animus*; & ut Sallustius, *ingenium malum parvumque*:

cum quis sciens ac prudens data opera iniquam conditionem infert alteri. Idem Terentius *in hoc loco Hecyræ*: *Non mea opera, neque pol culpa evenit*: priore verbo *opera*, videtur intellexisse dolum. Sic enim & vetus ejus interpres eum accepit, cum ait: *operam esse, si scientes læserimus*: *culpam si nescientes, insicientes, improvidi, quorum alterum sceleris est, alterum stultitiæ.* Plautus quoque *in Epidico*, imprudentiam conjungit cum culpa his verbis: *Oro te, mihi ignoscas, si quid imprudens culpa peccavi mea*: quem locum laudat etiam Ioannes Corrasius *lib.* 4. *Miscell. jur. cap.* 1. Sic & Vlpianus inter se opponit inconsideranter aliquid facere, id est, per culpam, & dolum, *in l.* 3. *pen. ff. de susp. tut.* Porrò dixi; *Faciendo quid vel omittendo*: ut ostenderem, duplicem esse culpam, quarum una est posita in *faciendo*, quod fieri non debebat: altera in *non faciendo* sive negligendo & omittendo, quod factum oportuit: quas duas species probat etiam Corrasius *d. c.* 1. *n.* 9. & Giphanius *in Comment. de divisione juris. n.* 86. Atque ita etiam in *partitionibus Juris Feudalis* distinxi inter culpam *commißionis* & *omißionis*; *libr.* 2. *capit.* 5. Dixi prætereà; *quæ læsio potuisset humanitus præcaveri*: ut separarem culpam à casu fortuito seu vi majore. Huic enim humana infirmitas resistere non potest: ut loquitur Cajus *in l.* 1. §. *Et ille quidem. ff. de oblig. & act.* unde & damnum fatale dicitur ab Vlpiano *in l.* 5. §. *Quod verò senectute. ff. commodati*, & à Cajo *in l.* 2. *in fine. ff. de periculo & commodo rei vend.* Item *vis divina* ab eodem Cajo *in l.* 25. *si merces.* §. *vis major. ff. locati.* Qua de re infrà latiùs explicabitur loco proprio. Denique addidi; *Rebus alienis*: quia si quis rebus propriis ac suis damnum aliquod intulerit vel acceperit sua negligentia, hoc nomine neq; ipse ab aliis conveniri, nec alios convenire potest. Ipse non tenetur de negligentia in rebus propriis: quia licet unicuique in rebus suis esse negligens: *l.* 21. *In re mandata. C. mandat.*. & *l.* 18. *etiam.* §. 1. *ff. soluto matrim.* ubi negat Pomponius, culpam exigendam à marito in administratione rerum ipsius: quamvis in rebus dotalibus præstet non solum dolum, sed & culpam. Deindè quòd etiam alios hoc nomine convenire non possit, per se manifestum est: cum de nemine nisi de se ipso conqueri possit, cum sua culpa passus est damnum. Hoc enim sentire non videtur: ut est in Regula Iuris. Præterea hîc notandum; appellatione *Rerum* hîc latissimè nos uti, ut non tantum bona, sed etiam corpus ac vitam liberi hominis complectantur. Certum est enim, non bonis tantùm nostris, sed etiam corpori læsionem inferri posse: idque non tantùm dolo, verùm etiam culpa: veluti si quis imperitus regendi equos aut mulos, obvium hominem proterat & conculcet: unde is vel graviter affligatur ac vulneretur, vel etiam vitâ privetur. Aliud exemplum est in putatore arborum, qui ramum proijcit ex arbore in prætereuntem, eumq; lædit, cum prius non proclamasset. Tantum de definitione culpæ. Aliorum definitiones ut nimis obscuras vel etiam imperfectas omittimus: ut Petri, qui definiebat culpam, *deviationem à dispositione Legis*: ut refert Bartolus *ad L. quod Nerva. num.* 6. *digest. depositi*: Item ipsius Bartoli; cui culpa est *deviatio ab eo quod bonum est, quod per diligentiam hominis potuit provideri*: quam ponit *ibid. num.* 7. Alia quoque est definitio Ioannis Corrasij *dict. cap.* 1. *l.* 4. quod sit *imprudentia, qua homines circa res*

alienas

alienas vel negligunt, quod fieri oportet, vel faciunt, quod omitti debet: quæ definitio non multum discrepat à nostra, quam hactenus examinavimus.

Nunc de DIVISIONE culpæ videamus. Vulgò Interpretes secant culpam in quinque species, secuti Bartolum *ad l. 32. quod Nerva. ff. Depositi.* Eæ species ipsis sunt: *culpa latissima, latior, lata, levis & levissima.* Potuissent eâdem opera constituere sex species, additâ videlicet etiam *leviore culpâ*: quam cur omiserint, nulla potest reddi ratio. Sed hanc divisionem primus reprehendit Vdalricus Zasius, quem gravissimum Iurisconsultum vocat Ioannes Corrasius *dict. capit. 1. num. 7.* Zasius inquam *in Intellect. singul. & alibi*: itemque Ioannes Oldendorpius *in proœm. progym. sive classium action. Forens. titul. de culpâ*: ubi ait, Ex gradibus hujusmodi non debere constitui diversas species: cùm majus & minus non multiplicent species: *argum. l. ultim. digest. de instructo vel instrum. leg. & l. 11. si is cui. ff. quemadmodum servit. amittant.* Eosque & Giphanius sequitur, tametsi Oldendorpium non alleget *in dict. commentar. de division. jur. num. 85.* Marcus Antonius Delrio *ad h. l.* distinguit inter *species* culpæ, & *gradus*. Ac *Species* quidem facit duas: nempe culpam *latam* & *levem*: *levissimam*, quæ à plerisque additur tertia, reijcit: ex eadem ratione, quam paulò antè adduxi ex Oldendorpio: quia magis & minus non constituunt diversas species; sed tantum quantitate & qualitate distinguant subjectum; ut etiam loquitur Corrasius *in dict. capit. 1. numer. 5.* Deinde *gradus* culpæ facit tres: *summum, medium, & infimum.* Summum vocat *latam culpam*: medium *levem*: infimum *levissimum*: quarum prima proximè accedat ad dolum: altera verè & propriè sit culpa: tertia parùm distet à casu fortuito. Idemque *levis culpa* rursum tres gradus constituendos arbitratur; summum, medium, & infimum: qua de re planè est singularis & suus. Etsi autem Giphanius quoque *numer. 86. dict. commentar.* distinguit *gradus* culpæ à *speciebus* eiusdem: tamen longè aliter & alio consilio hoc facit. Nam *species* Giphanius facit tres: primò negligentiam. *argum. l. 50. infrà h. tit.* Secundò imprudentiam. *arg. l. 30. §. in hac. & l. seq. ff. ad L. Aquiliam.* Tertiò imperitiam. *arg. l. 8. dict. tit.* Et has tres species deinde putat revocari posse ad duas, quarum una sit in faciendo, altera in non faciendo sive omittendo. *Gradus* autem ipse quoque cum Zasio, Corrasio & Delrio facit tres: summum, in quo resistit lata culpa: medium, in quo levis: & infimum, in quo levissima. Latam verò culpam Zasius, & hunc Doctorem suum secutus Mynsingerus *in comment. Institut. ad titul. de susp. tutor.* subdistinguit in latam culpam *ignaviæ*, & eam quæ est *versutiæ*. Quod acriter reprehendit Corrasius *in Miscell. lib. 4. cap. 1.* Nam cùm versutia nihil aliud sit, quàm malitia, sive dolus; hic autem propriè differat à culpa, etiam lata, *l. 7. ff. ad L. Cornel. de sicariis, cum similib. ut infrà dicam plenius*: manifestum est, latam culpam non rectè sic dividi in ignaviam & versutiam. Ubi enim versutia adest, ibi dolus verus intervenit, & fraus, non autem lata culpa. Fateor equidem in contractibus latam culpam comprehendi sub appellatione doli; & ubicunque dolus tantùm venire vel præstari dicitur, ibi etiam latam culpam præstandam esse: v. g. in deposito, ut in *hac l. nostra. vers. doli.* juncta *l. 30. si sine dolo. ff. depositi.* & *l. 1. C. eod.*

cum similibus locis: item in precario, ut *h.l.nostra.* juncta *l.* 8. *Quæsitum est.§.Eum quoq. in f.ff.de precario.* Attamen hinc non sequitur, latam culpam propriè ac verè esse dolum, aut versutiam, aut malitiam ac fraudem: sed sunt & manent hæc distincta re ipsa. *arg.l.1.ff. de dolo malo*: ubi cum definitur dolus, nullo tamen verbo fit mentio latæ culpæ: quod procul dubio non neglexisset Iurisconsultus, si qua culpa lata esset versutia, sive dolus. Corrasius etiam hoc argumento utitur: quia culpa lata semper numero singulari, & nunquam plurali reperiatur. Existimat tamen Giphanius, sententiæ Zasij patrocinari posse quod ait Celsus *in l. quod Nerva.32.ff. depositi.* Fraude non carere eum, qui latam culpam committit, id est, non non ad eum modum diligens est in re deposita quò in rebus suis: item eas leges, quib. lata culpa dolo proxima, immò & dolus esse dicitur, quales leges aliquot inferiùs adducam. Denique id quod vulgò dicunt, latam culpam esse dolum præsumptum: quam sententiam ne Corrasius quidem improbat. *dict. cap.1.& 2. lib. 4. Miscell.*

Sed videamus ordine de tribus istis culpis, quas etiam constituit Ioan. Schneidevvinus *ad tit. Quib. mod. re contrah.oblig. cap. de mutuo. n.* 38. *& duob. seqq.* de *lata* inquam, *levi*, & *levissima*: sive hos gradus esse seu species dicamus. Nam ad usum & praxim parùm interesse puto: quamvis non negem quo ad scientiam & artis elegantiam aliquid referre, hoc an illo vocabulo appelles. Etsi autem æstimatio singularum culparum committenda est arbitrio judicis: nec certis definitionibus ac regulis illæ facilè comprehendi aut explicari possunt: & secundum qualitatem uniuscujusque facti ac personæ, censendo magis quàm disputando percipiuntur: ut duo magni ICti fatentur, Corrasius & Oldendorpius, & post eos Iacob. Menochius *de arbitriis judic. quæst. & causis. lib.2. casu* 80. Imò & Vlpianus disertè idem scripsit *in l. 15. semper. §. culpam. ff.quod vi aut clam.* tamen exemplo aliorum informandi judicii causa breviter tradendæ videntur singularum descriptiones, & exemplorum appositione illustrandæ.

I. DE LATA CVLPA.

Primùm de VOCABULO, & æquipollentibus, admonendi sumus; hunc supremum culpæ gradum, sive hanc primam speciem in jure variis nominibus appellari. Dicitur enim nunc *culpa latior*, nunc *gravior*, (Comparativo scilicet utrobique usurpato loco positivi: quod etiam Accursius rectissimè animadvertit *in gloss. d.l. quod Nerva*: Ad quam figuram illud est dictum apud Virgilium *lib.* 1. *Æneidos, Tristior & lachrymis oculos suffusa nitentes.* Item Catullus senes *severiores*, homines *venustiores*, *beatiores*; & Martialis vitam *beatiorem*; & alii alia sexcenta ejusmodi dixerunt: quod & Quintilianus observavit, & Corrasius, aliique. (Nunc *magna* & *summa negligentia*: nunc *lata* & *dissoluta negligentia*: nunc *nimia*, nunc *manifesta*: nunc *remissioris negligentiæ vitium*: nunc *dissoluta ignoratio*: nun *ignorantia, quæ in supinum hominem cadit*: item *culpa dolo proxima.* videatur *h. l.* 32. *quod Nerva. ff. depositi. l.* 113. *cedere. §. ult. & l.* 223. *lata. & l.* 226. *magna. ff. de verb. sign. l.* 1. *§. Is quoque.ff.de obl.& act. l.Regula. §. sed facti. ff.de juris & facti ignorantia. l.* 54. *homo liber. §.* 1. *ff.de acquir. rer. domin. l.* 8. *si procuratorem. §. ult. & l.* 29. *si fide-*

juss.

juss. in pr. ff. mandati, l. 1. §. hac actio. ff. si mensor falsum. mod. dixer. l. 6. ff. de administ. rer. ad Civit. pertin. l. 7. impuberibus. §. 1. ff. de suspectis tutoribus. l. 7. Tutor. §. 2. Competet. ff. de administ. tut. l. 55. cum sex menses. ff. de ædilit. edicto. l. 2. C. Arbitrium tutelæ. l. 5. C. de periculo tutorum. l. 15. Etsi consensum. §. 1. ff. de contrah. empt. l. 47. cum res. §. culpa. ff. de legatis primo. I. l. 1. §. Non alias ff. si is qui testamento liber &c.

De vocabulis tantum.

Sequitur DEFINITIO, vel potius descriptio latæ culpæ: quæ ex *dd. ll. 113. 123. & 126. D. de verb. sign.* sumi potest talis: *Lata culpa est nimia negligentia, hoc est non intelligere, quod omnes intelligunt. Omnes* cùm grano satis accipiendum, sive civiliter; qui scilicet sanæ mentis sunt quique sensu communi sunt præditi: ne quis hæc forte calumnietur, uti etiam infantes, fatuos & dementes, qui quod vident, ignorant, ut alibi dicitur, putet comprehendendos. Alii sic describunt: quòd sit *læsio sine malignitate quadam alteri illata & potiùs per ignorantiam, quàm per malitiam: veruntamen adeò crassa & supina, adeò reprehensibilis & injusta, ut secundum sensum communem excusari non possit: si quis scilicet vel omiserit, quod nemo sanæ mentis omissurus erat: vel fecerit, quod nemo sanus erat facturus.* Bartolus *ad dict. locum Quod Nerva:* sic describit, quòd sit *deviatio incircumspecta seu improvida ab ea diligentia, quam communiter homines adhibent, qui sunt ejusdem conditionis & professionis.* Exempla sunt: ut si quis ignoret id, quod loco publico est affixum, sive proscriptum, aut voce præconis proclamatum, ut omnibus innotesceret in illa civitate aut regione *l. 11. sed si pupillus. §. proscribere. digest. de institoria actione.* Item, si quidvis aliud ignoret, quod tota vicinia sciat, vel omnes qui ejusdem sunt civitatis. *gl. in l. ultim. digest. de decretis ab ord. faciendis; & argument. l. 9. Regula. §. 1. digest. de Iuris & fact. ignorantia.* Item si quis non mortiferè vulnerato medicum non adhibeat curandi causa, vel malum imperitumque adhibeat, *l. 30. Qui occidit. §. ult. digest. ad l. Aquil. l. 31. Quod si nolit. §. Culpam omnem. ff. de ædilitio edicto.* Item si commodatarius rem sibi commodatam relinquat in ædibus, & abeat aperta janua, & domo incustodita; quam alius furto surripiat: quo exemplo utitur Ioannes Schneidevvinus *ad. pr. Instit. Quib. mod. re contrah. obl. n. 38.* Sic lata culpa est, si quis non ad eundem modum in rebus alienis sibi commissis fuerit diligens quo in propriis. Non enim potest quis salva fide minorem diligentiam rebus alienis, quàm suis adhibere. Quare latam culpam committit, qui cum suas res servaret, alienas perire sinit, cum posset etiam illas facili negotio & eadem operâ conservare. *l. 32. quod Nerva. ff. Depositi.* sic exemplum latæ culpæ est, quando Magister navis in flumen immiserit navem gubernatore destitutam *l. 13. Item quæritur. §. si magister. ff. locati.* Item si quis ignoraverit, vinum in vase corrumpi nisi vas subinde repleatur: aut frumentum, si non aliquando moveatur, aut oleum atque unguentum, si muscæ in id inciderint, aut mel, si panis, præsertim fermentatus, in id inciderit, unde statim examen formicarum pullulat: aut vestes inclusas, quæ raro gestantur, corrodi à tineis, maximè pelliceas & laneas, nisi interdum ad solem exponantur, ac ventilentur: aut salem liquescere, si compluatur, vel in aquam submergatur. Item si quis nesciat, opportuna sationi, messi, videmiæ, & navigationi, tempora

omnibus nota. &c. Sed infinita penè sunt exempla latæ culpæ, quæ in quotidiana vita subinde occurrunt, & ab uno quoque facilè observantur.

Omissis itaque pluribus exemplis, id potius videamus, quatenus verum sit, quòd *culpa lata dicitur dolus esse, & sub dolo comprehendi*, sive *in doli crimen cadere.* Nam ut in multis legibus ex iis quas suprà recensui, videre licet; lata culpa dicitur, nunc *dolum repræsentare*, nunc *dolo comparari*, nunc *dolo proxima*, nunc *prope dolum esse*; immò aliquando etiam *esse dolus.* Etsi enim alioqui species separatæ de se invicem non prædicantur propriè loquendo: neque rectè dicitur v. g. bos est talpa: vel commodatum est locatio, &c. tamen non malè hîc à ICtis lata culpa dicitur dolus esse: quia scilicet eosdem cum dolo effectus in jure habet: vel etiam quia is, in quo tam magna deprehenditur negligentia, ut non intelligat, neque curet, quod omnes homines intelligunt, aut curant, præsumitur etiam dolo non carere, vel in dolo esse, vel dolosè versari atque agere: Ex quo Interpretes suum *dolum præsumptum* fabricârunt, qui opponunt *dolum verum*: ut suprà dixi, cùm de dolo agerem. Sed non per omnia verum est, latam culpam esse dolum, vel sub doli appellatione tacitè contineri, eosdemque Iuris effectus habere. Nam in veris delictis, & criminibus lata culpa non æquiparatur dolo: ut videre est in *l. 7. in Lege. ff. ad l. Corn. de sicariis. l. 1. l. 3. l. 4. ff. de servo corrupto. l. in furti actione. §. fin. ff. de furtis. l. 23. cum autem. ff. Excipitur. ff. de æd. ed.* Vbicunq; enim agitur de pœna corpori infligenda (idemque esse volunt etiam in infamia irroganda) ibi necesse est ut dolus verus intervenerit, neque sufficit, errore vel ignorantiâ, quamvis crassissimâ, quippiam esse factum. Videatur & Parisius *in consil. 161. n. 9. vol. 4.* Sed si de pœna pecuniariâ agatur etiam in delictis & criminibus lata culpa sub dolo contineri videtur. *arg. l. si dolo. §. culpa autem ff. si is qui testam. liber esse &c.* Ita distinguitur etiam Mar. Anton. Delrio *ad hanc legem nostram*: & rationem differentiæ non ineleganter hanc reddit: quia ubi de majore pœna infligenda tractatur, ut in criminibus ac pœnis capitalibus, ibi postulat æquitas, ut moderatiùs agatur, & quoddam adhibeatur temperamentum benignitatis, quo judex legum severitatem & rigorem in pœnis gravioribus subsequatur. *arg. l. respiciendum. 11. ff. de pœnis.* Tantùm igitur in contractibus, & in quasi delictis, vera est & locum habet illa sententia, quòd lata culpa sit dolus; sive quòd doli appellatio etiam latam culpam sub se comprehendat; quamvis nulla sit facta mentio latæ culpæ. De contractibus hoc certum est ex plurimis locis juris nostri. De quasi delictis idem colligi potest ex *l. 15. Si filiusfamilias. § fin. ff. de judiciis.*

Quæritur de *ignorantia juris, an latæ culpæ sit annumeranda, nec ne?* Respondendum est per distinctionem; primùm inter personas; deinde etiam jura ipsa, quæ ignorantur. Quod attinet ad personas, alii sunt qui juris scientiam profitentur: & in his omnis ignoratio juris, in quo versantur, vel cujus se peritos profitentur, meritò latæ culpæ adscribitur. *arg. l. 2. §. Servius. ff. de origine juris. l. 2. D. quod quisq; juris, &c.* Alii, & quidem longè plures, sunt Idiotæ & homines vulgares: in his ignoratio juris non est latæ culpæ, sed levi potiùs adscribenda. Nam non omninò culpa carent; sed in hoc ipso videntur culpandi, quòd cùm possent ac deberent consulere peritiores, id non fecerunt. Adhibenda quoque est distinctio inter Ius

natu-

naturale, sive Gentium, & Ius civile. Illius ignoratio in quibusvis hominibus, etiam vulgaribus & rudibus, est lata culpa censenda; v.g. si quis nesciat, incestum committi ab eo, qui ex gradu ascendentium vel descendentium duxerit uxorem, matrem vel aviam, item filiam aut neptem. *l.ult.ff.de rit.nupt.* At juris civilis ignoratio non est tàm crassa ac supina in idiotis, ut lata culpa dici mereatur: v.g. si quis ignoret, quænam ex latere venientes personæ matrimonio conjungi prohibeantur. *d. l.ult.* Neque negligenda est altera distinctio, inter jus certum, & inter jus controversum, hoc est, de quo diversæ ac discrepantes sunt opiniones Doctorum. Hujus enim quàm illius ignoratio faciliùs excusari potest, etiam in ICto, nedum in homine idiota. Plura de ignorantia juris videantur *in l. 9. Regula. ff. de juris & facti ignorantia, & aliquot ll. C. eod. tit.* ubi etiam de iis agitur, quibus & quatenus permissum sit jus ignorare. Atque ex his limitationem quandam recipit *lex. 9. leges sacratißimæ. Cod.de Legibus.* ubi dicitur: Leges sacratissimas, quæ constringunt omnium vitas, intelligi debere ab omnibus: de qua lege obiter annoto, esse quandam particulam decerptam ex *Marciani Novel. 4. de Matrimonio Senatorum.* Cum eadem lege etiam concordat *l. 12. Constitutiones. C. de juris & facti ignorantia*: ubi Impp. ajunt: *Constitutiones principum nec ignorare quenquam nec dißimulare permittimus.* Quibus legibus Accursius objicit *l. 36. Repetita. C. de Episc. & Cler. in vers. absurdum.* (Cum qua conjungi debet *l. 23. Consulta. C. de testam.*) objicit quoque *legem fin. in princ. vers. arma. C. de jure deliberandi.* In altera lege excipiuntur Clerici: in altera milites. Solutionem videre licet apud eundem Accursium *in d.l. finali, in verbo, Arma.*

Quæritur porrò, *An etiam ob latam culpam adversarii poßit ab aliquo iurari in litem?* sive quod idem est, *An in tractatu iurisiurandi in litem appellatione doli etiam contineatur lata culpa?* De hac quæstione dissentiunt à se invicem Dd. Immò & Accursius ipse varius est, ut videre est ex *gl. in l. in actionib. ff. de in litem iurando,* si conferatur cum *gl. l. 2. C. eod. tit.* Nam priore loco negat, ob latam culpam jurari posse in litem: posteriore loco affirmat, sicut & textus ipse *in d.l. 2.* disertè id ipsum affirmat. Quæ lex non patitur ita se eludi: ut cum quibusdam dicamus, hoc speciale esse in actione tutelæ, ob illius favorem. Sententiam negativam communiter amplexi sunt Dd. imprimis Bartolus & Alciatus. Argumenta utriusque partis videri possunt apud Anton. Contium *in comm. ad h. legem nostram.*

Illud certum est, & generale ad omnes culpæ species sive gradus: sicut dolus nunquam præsumitur, ita & *culpam quamlibet non præsumi, sed probari debere ab eo qui allegat eam*: quod latè ac diligenter explicat Ioseph. Mascardus *vol. 1. de probat. conclus. 467.*

De illa autem Zasij & Mynsing. partitione latæ culpæ, qua aliam faciunt *versutiæ*, aliam *ignaviæ*, jam suprà dixi: eamq; rejeci exemplo Ioan. Corrasij *in Miscel.* Eandem quoque nunquam sibi placere potuisse, testatur Anton. Contius *d.p. 19. & 20.* liberè discedens à sententia sui Doctoris Eguinar: Baronis. Nam & hic ita divisit culpam latam: quasi alia sit dolus, alia non sit: sive quasi alia cadat in suspicionem doli & fraudulentiæ, sive in dolum præsumptum: alia careat suspicione doli.

II. DE

II. DE LEVI CVLPA.

Transeundum est à LATA ad LEVEM culpam. Ac primùm de appellatione ejus notandum est, quod eleganter admonuit Ioan. Oldendorpius, non dici levem culpam ratione quantitatis damni, quod intulit, si nimirum hoc sit leve & modicum, ut tunc levis culpa censeatur; cum possit aliquando etiam ex levi culpa grande damnum oriri, sicut ex parva scintilla magnum sæpè incendium existit: sed ideò potiùs, quia absit propositum nocendi; & absit illæsa conscientia, quæ errores & defectus, quamlibet magnos sæpè excuset. Deinde hoc quoque pertinet ad considerationem vocabuli, quod ubicunque culpa simpliciter posita reperitur, nullo videlicet addito epitheto, toties intelligenda sit culpa levis: ut Petrus Faber *ad hanc legem*, & post eum Delrio annotavit; estque verissimum. Exempla sunt non solum in hac nostra lege, sed etiam aliis locis Iuris propemodum infinitis.

Ad rem quod attinet, *Levis culpa est negligentia, quam communiter homines etiam qui non sunt diligentißimi in suis rebus solent effugere*: sive, *cum quis id facit, quod nemo diligens paterfamilias faceret*: *vel contrà*: *cum quis id omittit, quod nemo paulò diligentior & circumspectior erat omissurus*; sive, *cum quis non præstat eam diligentiam quam prudentes & diligentes patresfamilias secundum communem hominum naturam & consuetudinem rebus suis adhibent*: sive denique ut Paulus ait *in l.31. si putator. digest. ad L. Aquiliam*, *Culpa est, quod cum à diligente provideri potuit, non est provisum.* Huc pertinet *Imperitia*, de qua dicitur in *l.132. infra h. titul. Imperitia culpæ annumeratur.* Exempla ejus varia sunt: cùm alibi *sub titul. ad leg. Aquiliam.* tùm in *l. 7. §. ultim. & in l.8. Idem juris.* ubi Cajus elegantem tradit Regulam: quod non debeat quis affectare id, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam aliis periculosam futuram: ubi Baldus *in summario Legis, Nemo*, inquit, *attentare debet id, ad quod non est sufficiens vel imperitus.* Exemplum est in *l. 6. Illicitas. §. sicut. ff. de officio præsidis.* ubi Vlpianus ait, Medico imputari debere, quod vel imperitiam commiserit, nempe in curando homine: Qua verò pœna sit afficiendus talis medicus, qui perperàm adhibito medicamento hominem occiderit, eleganter & prolixè explicat Petrus Heigius *part. 2. quæst. juris.* Cui simile est, quòd Assessor vel alius Iurisperitus ex imperitia juris tenetur, si malum consilium vel responsum Iudici vel alteri dederit: de quo vide *l. 2. & ibi DD. ff. Quod quisq; juris in al.* ubi pulchra est glossa Accursij. Aliud exemplum imperitiæ est in artifice, qui gemmam, quam acceperat auro includendam aut sculpendam, fregerit. *l. 13. Item quæritur. §. si gemmam ff. locati.* Aliud exemplum est in magistro cujuslibet artis, qui modum castigationis licitæ & concessæ non tenens, discipulum suum læserit. *d.l. 13. §. Item Iulianus. ff locati.* juncta. *l. 5. § si Magister. ff. ad l. Aquiliam*: ubi dicitur, levem tantum castigationem docenti concessam esse: & in *l. seq.* ait Paulus: Nimiam sævitiam præceptoris culpæ assignari. Porrò aliud exemplum extat in *l. 27. si servus servum. §. si calicem. digest. dict. titul. locati.* Eodem pertinet *lex vicesima quinta, si merces. §. qui columnam. digest. loati*: ubi Cajus inquit, *Culpa abest, si omnia facta sunt, quæ diligentißimus quisque observaturus fuisset.* Vnde ex contrario dicere licet: si non illa omnia facta sint, cul-

pam adesse. Notandum est autem, quod ibi monet Accursius, usurpari superlati-
vum loco positivi: sicut aliàs etiam comparativus loco positivi reperitur, ut
suprà dixi. Certum est enim ex aliis locis Iuris, (ut etiam ex hac lege nostra) loca-
torem non teneri de levissima culpa; sed tantùm de levi. Aliud exemplum levis
culpæ est in *l. 26. §. ult. ff. de rei vind.* Nempe si quis navem, quam trans mare mit-
tebat, minus idoneis hominibus commiserit. Item alia quatuor exempla uno lo-
co recenset Cajus in *l. 36. Qui petitorio. §. 1. eod. tit.* Ex quibus cætera sunt de servis:
postremum verò hoc est, si quis navem adverso tempore navigatum miserit, eaque
naufragio sit perempta. Aliud exemplum est in *l. 30. qui occidit. §. In hac quoque.*
ff. ad L. Aquil. ubi Paulus ait, Culpæ reum esse, qui die ventoso ignem immiserit
in stipulam vel spinam agri sui: (sicut solebant agros urere: testibus scriptoribus
Rei Rusticæ, ut Catone, Varrone, Columella, & aliis; etiam Virgilio in Georgicis)
Vnde latius progressus ignis etiam alterius segetem aut vineam læserit. Aliud ex-
emplum est in hominibus curiosis: quo genere nihil est aut crebrius aut odiosius
in communi vita. Nam plerisque mortalium, quasi innatum est ac nimis familia-
re vitium πολυπραγμοσύνης, ut plus satagant de rebus alienis, quàm suis ac pro-
priis. Contra quod vitium, observanda est primum Regula Iuris in *l. 37. hoc titul.*
Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti. Secundò observanda etiam *lex 36.*
repetita. Cod. de episcopis & clericis, cum qua est conjungenda *lex 23. consulta Cod. de*
testamentis. Tertiò denique pro antipharmaco adhibendum est præceptum D.
Pauli *priore epistola ad Thessalonic. cap. 4. vers. 11. Operam detis*, inquit, *ut quieti*
sitis, & ut vestrum negotium agatis. Aliud exemplum est in eo, qui cum sciret ac
prohibere posset, ne quid fieret, non prohibuit tamen, *l. 50. culpa caret. h. tit.* argu-
mento à contrario sensu ex ea lege ducto. Quo pertinet etiam quod ait Seneca:
Peccare qui prohibet, cum possit, jubet. Hinc est, quod si servus domino sciente
non prohibente deliquerit, non liberetur dominus si servum noxæ dedere velit,
sed totam damni æstimationem præstare cogitur: de quo alibi dixi. Sic & mala e-
lectio est in culpa, ut rectè notat Accursius *ad l. 60. cum in plures annos. §. servum*
meum, in verb. elegissem. ff. locati, & *in l. 21. Nam & Servus. §. ultim. in verb. elegeris.*
ff. de negotiis gestis. Vnde & Cicero *in aurea illa epistola ad Q. Fratrem, de admini-*
stranda provincia, pulcrè docet, omnia illorum facta nobis præstanda esse, quos
elegerimus. Sic culpæ non immeritò ascribitur negligentia custodum in officio,
qui appositi sunt furioso, ut observarent, tum ne quid in se ipsum perniciosius mo-
liretur, tum etiam ne aliis esset exitio. *l. 14. D. Marcus. in f. ff. de officio præsidis*, ubi
Accursius hypothesin transferens ad thesin rectissimè ait: *Nota quod quilibet in*
officio suo debeat esse diligens, non negligens. Cui simile est præceptum Apostoli *ad*
Rom. 12. Sic Iudicis imprudentia malè judicantis, culpæ annumeratur, *in l. ult. ff.*
de variis & extraord. cogn. & *tit. Instit. de oblig. quæ quasi ex del.* qui plura quoq; alia
suppeditabit exempla culpæ. Sic in culpa est, qui temerè & facilè aliquid asseverat,
quod ignorabat: v. g. servum, quem quis vendebat, bonæ fidei & frugi esse, cum
is fur esset, quamvis ignorante venditore. *l. 13. Iulianus. §. quod autem dixi. ver. quod*
tamen digest. de act. empti. Non enim debemus facilè asseverare quæ ignoramus.
arg. d. l. 13. Vnde neque illi culpa carere videntur, qui nimis largi & liberales sunt

ne dicam prodigi, in commendandis & honesto testimonio ornandis quibuslibet; quasi frugi & honesti sint: cùm sæpissimè deprehendantur homines futiles, vagabundi, errones ac nequam: & testimoniis ac commendationibus suis freti, multos, quibus ignoti sunt, decipiant: quod in quotidiana vita nimis crebrò usu venit. Quocirca hac in re cautè ac circumspectè versari debemus, memores præcepti Horatiani: *Qualem commendes, etiam atq; etiam aspice: ne mox vero incutiant aliena tibi peccata ruborem.* Atque hæc sufficiant de exemplis culpæ levis, quæ ad illustrandam ejus definitionem, & explicandam naturam afferre volui.

III. DE LEVISSIMA CVLPA.

Sequitur culpa LEVISSIMA. Hanc significant ICti. quoties dicunt diligentiam ab aliquo præstandam esse. Nam *diligentia* opponitur huic speciei sive gradui culpæ: ut *in h. ipsa l. nostra vers. in his quidam & diligentiam*: quod etiam Ant. Contius *hic* annotavit, & Delrio, post alios, Videatur & *l. 5. §. nunc videndum est. vers. commodatum. ff. commodati.* Item *l. 18. In rebus. in princ. eod. tit.* & *l. 47. cum res §. pen. ff. de legatis 1. l. 2. inf. & l. 3. ff. de periculo & commodo rei venditæ.* Nam *in d. l. 47.* disertissime tres species distinguuntur ab Vlpiano: quarum una est ea quæ dolo proxima est, hoc est, culpa lata: Altera, quæ levis est: Tertia culpa levissima exprimitur illis verbis. *aut nunquid & diligentia quoque exigenda est ab herede?* Nam si hæc verba accipiamus de levi culpa, tum verò otiosâ & odiosâ tautologiâ bis idem dixisset ICtus; & distinxisset per particulam *aut*, quæ non erant distinguenda; quod non est credibile. Quod autem Eguinar. Baro aliter accepit nomen *diligentiæ*; pro custodia scilicet; & culpam tantùm eam intelligi voluit, quæ in faciendo sit posita: id rectè refutat ipsius auditor Ant. Contius, docetque, Culpam passim à ICtis pro negligentia vel segnitia & desidia in non faciendo usurpari. Porrò Diligentiæ interdum additur aliquod Epitheton: veluti *exacta*, item *exactissimæ*, ut in *§. Is. cui res. Instit. Quibus modis re contrahitur. oblig. in vers. at is qui. junctâ l. 1. §. is vero qui ad utendum. ff. de obl. & act.* Sic *exactum officium* eodem significatu ponitur in *l. 21. in Re mandata. C. mandati. Aliena negotia, inquit* Constantinus, *exacto officio geruntur, nec in his quicquam neglectum ac declinatum, culpâ vacuum est.* Ex quibus verbis tria sunt notanda: primum positivum *Exacto* usurpari loco superlativi *Exactissimo*; quod etiam Accursius *ibid. in gl.* eruditè monuit, & illustravit exemplo hemistichii illius Virgiliani:

—— *Saturnia sancta Dearum.*

pro *sanctissima* vel *maxima*: cui similia sunt illa apud Ennium Lucretium & alios, *Dia Dearum.* item *Die Deorum*, pro *divinissima*, vel *divinissime* &c. ut apud Homerum δῖα θεάων. Secundò, *geruntur*, idem valere quod *geri debent*. Tertiò, culpam etiam levissimam in mandato præstandam esse: quod ibidem notat glossa: ut etiam in *leg. 13. à procuratore. C. eod. tit.* Tametsi ea de re dissentientes sint opiniones inter Doctores, qua de re suo loco infrà plenius dissseretur.

Sunt

Sunt quidem viri clarissimi qui duas tantum species culpæ esse contendunt: *levissimam* planè rejiciunt vel certè eandem esse volunt cum *levi*: ex quibus post Zasium *in singularibus Responsis* est etiam Doctor noster celeberrimus Hugo Donellus *lib 16. Comment. Iuris Civilis. cap.* 7. ubi scribit *pag. 626.* levem & levissimam culpam verbis tantùm distingui; Re verò, aut certè Iure, easdem esse veteribus: eandemque esse utriusque definitionem. Sed pace illorum rectius facturi videmur, si alios sequamur duces; & cum illis retineamus tres culpæ gradus distinctos: & inter eos etiam levissimam culpam: quæ non solum tectè pluribus in locis nomine *diligentiæ* circumscribitur; Verum etiam disertè nominatur in *l.45. In lege Aquilia. ff. ad l. Aquiliam.* Neque ab aliis tantum interpretibus hac in re dissentit Donellus, sed etiam discedit à doctrina, suimet Doctoris Franc. Duareni V. CL. qui tribus in locis suorum Commentariorum hanc nostram divisionem trimembrem constanter retinet: ut primò *ad l.5. in actionibus. ff. de in litem iurando*: Secundò *ad l.9. si mora. digest. soluto matrimonio*: & Tertiò *ad titul. de commodato, cap. ultim.* Non negamus interim primò, quòd idem Duarenus admonet, uno tantùm loco in Iure nostro nominari levissimam culpam, nempe *d. l.45. In lege Aquilia.* Secundò quod idem ait, arbitrio judicis permittendum esse, ut æstimet, an & quænam culpa sit commissa; lata, levis, an levissima; quod & suprà notavi ex Oldendorpio: & est verissimum: eademque est sententia Ioannis Fabri, probata etiam Schneidevvino *ad pr. tit. in Inst. Quib. mod. re contrah. obl. n.* 40. *vers. Iudex tamen.*

Est igitur *levissima culpa* (ut ejus tradamus descriptionem quandam) *cum quis non adhibuit eam diligentiam, quam diligentissimus quisq; rebus suis adhibuisset*: vel *Levissima culpa est defectus, sive absentia, sive omißio, exactißimæ diligentiæ, cum quis non eam adhibuit rei custodiam quam alius diligentior adhibuisset: argument. d. l.1. §. is verò qui utendum. digest. de obl. & action. & d. §. Item is cui res Instit. Quib. modis re Contr. obl.* sive (ut Duareni verbis utar) *cum quis mediocrem & probabilem diligentiam communi hominum more adhibuit, sed tamen eam admisit culpam in quam vir diligentißimus non incidisset; sed quam sua sagacitate præcavere potuisset.* Exempla levissimæ culpæ sunt: v. g. si quis rem apud se depositam in cubiculo recondidit, vel in arca, & januam sive operculum probè conclusit; sed abiens non removit clavem, neq; tentavit, an janua firmiter sit occlusa, quod alius diligentior facere non neglexisset: itaque occasionem præbuit furi surripiendi rem dum tentans ostium vel arcam animadvertit, non sat benè clausum esse: quo exemplo utitur Ioannes Schneidevvinus *dicto loco.* Aliud exemplum affert Duarenus; nempe si quis gemmam, sibi commodatam recondiderit, & in arcâ incluserit; sed tamen fur arte aliqua eam abstulerit & surripuerit.

Cum autem dictis in locis, ut in *l.2. & 3. ff. de periculo & commodo rei venditæ, & alibi*, fiat mentio *custodiæ*: sciendū est, aliam esse *custodiam simplicem*, aliam *plenam*. Qui *simplicem custodiam* in se recipit, vel præstare debet, is tantum de levi culpa tenetur:

netur. Qui verò *plenam custodiam* debet, is etiam levissimam culpam præstare tenetur: sive (quod idem est) custodia plena excludit culpam levissimam: simplex verò levem: quod & Delrio admonet *ad hanc legem nostram.c.1. prope finem.*

PROTHEORIÆ CAPVT SEXTVM.

DE CASV FORTVITO.

RESTAT inter evidentialia hujus legis sive protheorias, ut DE CASIBUS FORTUITIS quoque dicamus post expositum dolum & culpam. Igitur ut de *Vocabulo* primùm videamus, omitto plura ejus significata, quæ apud bonos auctores in usu Linguæ Latinæ habet: v. g. apud quos, nunc pro lapsu sive ruina usurpatur, (ut cùm Horat. ait *lib. 2. carm.*

Celsæ graviore casu decidunt turres:)

nunc pro morbo: nunc pro quolibet periculo: nunc pro variis atque inopinatis eventis: nunc pro temeritate opposita consilio rationi, arti & prudentiæ: (ut cùm ait Poëta, *Casus inest illic, hic erit artis opus.*) Quorum exempla hinc inde quàm diligentissimè collecta videre licet apud Robert. Stephan. *in egregio illo Thesauro sive Promptuario linguæ latinæ.* His inquam omissis, ut illas tantum vocabuli notiones attingamus, quæ extant in jure nostro. Casus interdum pro facti specie usurpatur, quam aliqui *hypothesin*, alii *thema*, veteres *facti speciem* vocant. Ita Iulianus *in l.9.ff.de leg.* neque leges, neque Senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur. Idemque & *articulos* & *causas* vocat, *in l. 11.non possunt.eod. tit.* Deinde aliquando pro negligentia sive culpa usurpatur: & in hac notione, *casu factum* opponitur ei quod quis sciens prudensque commiserit, hoc est, dolo malo: sive, *Casu admissum* opponitur ei quod voluntate factum est. *vide l.9.qui ædes.ff.incendio, ruina, naufragio, & l.1.§. Divus Adrianus.ff. ad L. Cornel. de sicariis, & utrobiq; Accursium in gl.* sic & *fortuitu* usurpatur apud Moysen *Numer. 35. vers. 22.* Tertia significatione in jure *Casu* usurpatur in illa juris regula, qua traditum est, Vnumquamque rem perire, ubi in eum casum inciderit, à quo incipere non poterat: ubi casus significat, eventum sive qualitatem aliquam supervenientem. Verùm ex his notionibus nulla est hujus loci: Illa potius ad hunc locum pertineat, qua casus vel absolutè dictus, vel cum adjectione [*casus fortuitus*] item [*casus major*] significat damnum ejusmodi, quod nulla interveniente vel præcedente negligentia aut culpa incurritur; sed majore quadam & occulta vi contingit, quæ vel provideri prorsus nequeat ab homine, vel cui resisti non possit, etiamsi provideatur. Vnde etiam *major casus*, *cui infirmitas humana resistere non potest*, appellatur *in l. 1. §. Is verò qui utendum.ff. de oblig. & action.* & Imp. *in §. item is cui res. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* conjungit hæc duo: *majorem vim, majoresq; casus*, tanquam causam cum effectu: *vid. & l. 18. in rebus. ff. commodati. & l. 28. in iudicio. C. de locato.*

Eam

Eam porrò vim majorem, alii Deo asscripserunt, alii fortunæ, alii denique fato tametsi fortunam quoque ipsam fingebant Deam; cuius imaginem pulcherrimam ex veterum pictorum & sculptorum arte desumptam, expressit Galenus *initio aurei libelli, quem inscripsit Exhortationem ad artes*: unde plurima transtulit ferè ad verbum S. Isidorus *lib.3. epistola* 154. uterque scribit, eos fortunam finxisse in forma muliebri, eique attribuisse clavum sive gubernaculum quod manibus teneret pedibus verò subjicisse basin sphæricam sive globosam: oculis insuper eam orbasse: ut his omnibus significarent, fortunæ inconstantiam, varietatem atque vecordiam & cæcitatem. Eidem opponit Galenus illustri descriptione typum Mercurii: utrique verò comitatum quoque suum adjungit.

Qui Deo talia ascribebant (sicuti revera non alii tribuenda sunt, cum & Amos Propheta *cap.3. vers.6.* dicat, *Non est malum in civitate, quod Dominus non fecerit*: cui consentit etiam Ieremias *in Threnis, capit.3. vers.37. & seq.* Vnde etiam alibi Deus dicitur tradidisse alicui in manus eum, quem quis non ex insidiis neq; de industria, sed involuntariè occiderit. *Exod.21. vers.13.*) ii appellabant θεῶ βίαν id est, vim divinam: ut Gajus *in l.25.si merces. §.vis maior. ff. locati*: ubi videatur Budæus *in Annotat.* Eaque vis divina maximè quidem & imprimis conspicua est in fulminibus, tonitruis, grandinibus, imbribus, ventorum procellis ac tempestatibus, calamitate, sterilitate, aquarum inundationibus & diluviis: item in labe ac discessione & hiatu terræ, quod chasma vocant. De his aliquot loca Psalmorum Davidicorum adire licet: ut 29.104.105.148. *&c.* Veruntamen etiam in aliis eventibus repentinis & inexpectatis eadem divina potentia elucet: ut omnes qui vident vel audiunt admiratione perculsos exclamare talia quædam oporteat: *dextra Domini fecit virtutem*: item, *A Domino factum est istud, & est mirabile in oculis nostris*: ut scriptum est *Psal.118.v.16.& 23.*

Porrò qui fortunæ temeritati damna istiusmodi ascribebant, ij *Casus fortuitos* appellârunt, (Fors enim est Fortuna) ex quibus est Vlpianus, qui etiam conjungit casus & fortunam *in l.1.§.si magistratus. ff. de magistratib. conveniend.* Idemque *in l.2.§.si eo tempore. ff. de administratione rerum ad civitatem pertin.* ait, *fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest.* Simpliciter Imp. Alexander, (cui Vlpianus noster à consiliis fuit) loquitur *in l.5. Cod. de pignerat. act.* *Quæ fortuitis casibus accidunt, cum provideri non potuerint, &c.* Huc pertinet insignis locus Ciceronis *lib.2. de Divinat.*: *Quomodo* (inquit) *id quod temerè fit, cæco casu & volubilitate fortunæ sentiri & prædici potest?* quasi dicat, minimè potest. Et apud Virgilium *lib.8. Æneid.* quidam ita fortunam alloquitur:

Sin aliquem infandum casum fortuna minaris.

Atque hanc ethnicam loquendi rationem interdum etiam Christiani Principes seculi sui vitio imitati sunt, ut Iustinianus *in §. item is cui res. vers. & is quidem.* & *in §. ult. Instit. Quib. mod. re contrah. oblig.* Priore loco ait Imp. Eum qui acceperit mutuum, remanere obligatum, etiamsi quod acceperat fortuito casu amiserit: quod idem dicitur *in l.11. Incendium. Cod. si certum petatur.* Sic ante Iustinianum etiam Zeno *in l.1. C. de jure emphyt.* aliquoties casus fortuitos nominat.

Etsi autem plerumque fortuiti casus appellatio tribuitur adversis & infelicibus atque damnosis eventibus: tamen interdum (licet rariùs) etiam de secundis & prosperis in Iure usurpatur: ut cùm quis invenit thesaurum (qui alibi *donum fortunæ* appellatur à Tryphonino *in l. 63. §. si is qui. ff. de acquir. rer. dom.*) hoc quoque fortuito casu evenisse scribit Imp. *in §. thesauros. Instit. de rerum divis.* ubi Accursius *Casus*, inquit, *est inopinatæ rei eventus, ex diversis causis proveniens ob aliud & aliud inceptis*: quam definitionem sumpsisse videtur ex *d. l. 63. si is qui. de acquir. rerum dom.* ubi hæc sunt Iurisconsulti verba: *Alij rei operam insumebat* (neque terram fodiens) *& fortuna aliud dedit.*

Denique qui ad fatum tales casus improvisos referebant, ij *damna fatalia* nominârunt: ut Vlpianus idem *in l. cum duobus. 52. §. damna. digest. pro socio.* ubi damna quæ imprudentibus accidunt, hoc est, (ut ipse interpretatur) damna fatalia, non cogitur socius socio præstare. Sic *in l. 2. §. 1. digest. Nautæ, Caupon. Stabul.* si quid damno fatali accidat, non habet locum actio in factum ex edicto de receptis. Dicitur etiam alio nomine *fatalitas*, in *d. l. 1. Cod. de jure emphyt.* qui bis ibidem *casus fortuiti.* appellantur. Dicuntur autem *detrimenta fatalia in leg. 3. ff. de instruct. & instrum. legat.*

Postremò notandum, quòd aliquando *fatum* etiam pro casu ponatur: ut in *l. 1. in fin. ff. de condit. & demonstr.* ubi si fato quis fecerit, quod conditione continebatur, non videtur paruisse voluntati testatoris. *Fato*, id est, casu vel forte fortuna, vel per imprudentiam: cui opponitur ibidem *scientia*. Deniqu *Fatum* etiam sæpè significat finem cujusque rei, quo res extinguitur: unde etiam *dies fatales* in appellatione dicuntur: ut *l. ult. C. de tempor. repar. appell.*

Exempla casuum fortuitorum sive damnorum fatalium hæc ferè in legibus recensentur, & bona pars etiam in hac ipsa lege nostra refertur. Primò, *Animalium casus mortesq́ue, quæ sine culpa accidunt*: (sic enim legendum puto cum Anton. Contio.) puta si grex vel armentum morbidum fiat, & pecora moriantur: sicut solent oves annis humidioribus, & ex imbribus immodicis, aliaque cœli injuria atque intemperie, morbos contrahere, & mortem: quod idem etiam in apibus usu venit, & in aliis animantibus. Probè autem notandum quod additur, [*quæ sine culpa accidunt.*] Nam si culpâ alicujus interveniente mortes servorum vel cæterorum animalium secutæ sint, non erunt casus fortuiti habendi; sed præstabuntur: idque à contrario sensu hujus legis, quod est argumentum in Iure validissimum. Videatur & *l. 30. in lege Falcidia. ff. ad L. Falcid.* ubi & hoc exemplum, & alia plura à Mæciano afferuntur. Priusqnam à primo hoc exemplo abeam, non est contemnenda observatio Grammatica: Et à Græcis θανάτους & à Latinis *Mortes*, sæpenumero usurpari ab optimis quibusque & probatissimis auctoribus utriusq; linguæ, plurativo inquam numero. Exempla plurima collegit doctissimus & diligentissimus Weitzius, amicus noster, *in Notis ad S. Severi Carmen bucolicum, de mortibus boum*: quibus & hic locus addi poterat.

Secundò *fuga servorum, qui custodiri non solent.* Duo sunt inprimis vitia servi-

servilia: fuga & furtum. *tot. tit. ff. de servo corrupt. & aliquot locis sub titul. de ædil. edict.* Festivè suo more lusit Martialis:

A pedibus didicere manus peccare protervæ.
Non miror furem, qui fugitivus erat.

Vitiis illis servorum etiam tertium addi potest, mendacium, quod aliàs quoque ferè cum furto conjunctum esse solet: De Fuga *hic* agitur: & latè *in l. 17. quid sit fugitivus. ff. de ædilitio edicto.* Sed enim tunc demum fuga annumeratur casibus fortuitis, si fugiat talis servus, *qui non solet custodiri*: sicut regulariter, non solebant custodiri servi, quod ea custodia & nimium esset difficilis, & usum ipsorum ferè inutilem efficeret. A contrario igitur sensu dicendum est, fugam servi non esse casum fortuitum, sed præstandum, si vel ex eo genere est servus, quod solet custodiri: ut fit cum quis ob malos mores, & ingenium nequam suspectus est fuga: vel in ea ætate constitutus, ut etiamnum custodia egeat: vel denique si quis custodiam servi susceperit. §. *cum autem emptio. Inst. de empt. & vend. l. 21. si à bonæ fidei. ff. de rei vindic. & l. 5. §. custodiant. ff. commodati.*

Tertiò, *Rapinæ*: hoc est, si cui res per vim auferatur: hoc est, impetu rei majoris qui repelli non potest, ut ait Paulus *in l. 2. ff. quod metus causa.* quo pertinet *tit. ff. vi bonorum raptorum. & tit Inst. de vi bon. & rapt.* Ex quo intelligimus: Furtum, etsi valdè cognatum est Rapinæ, tamen non esse casibus fortuitis annumerandum: hoc enim provideri potest & præcaveri, nec fit diligenti patrifamilias. Qua de re videatur & Accursius *ad l. 3.* in verbis: *etiamsi sine culpa. ff. Nauta, caupon. stabul. & ad l. 52. cum duob. §. damna*, in verbis: *subreptum sit. ff. pro socio.* Ubi tamen excipit *furta domestica*, quæ nominantur *in l. 11. respiciendum. §. furta domestica. ff. de pœnis*: & explicantur *in l. 91. si libertus. ff. de furtis*: ubi & Bartolus videri potest. Quantum autem & quibus in rebus præterea differat rapina à furto, alibi exponitur, neque hujus loci proprium est in eo immorari.

Quartò adduntur *Tumultus.* Grammatici tumultum dictum putant, *à timore multo.* Sed fortassis veriùs à *tumore*, sive *tumendo* descendere dicemus. Eleganter autem Cicero 8. *orat. Philipp.* distinguit inter bellum & tumultum: *Potest*, inquit, *esse bellum sine tumultu: tumultus esse sine bello non potest. Quid enim tumultus, nisi perturbatio tanta, ut maior timor oriatur? unde & nomen ductum est tumultus.* Et mox, gravius esse ait tumultum quàm bellum. Quem Ciceronis locum allegat & Quinctilianus *lib. 7. cap. 3.* Videatur Servius *in 8. Æneid.* ubi quatuor genera militiæ apud veteres fuisse scribit, & inter cætera tumultum quoque nominat. Sed Iurisconsulti *tumultum* latiùs usurpasse videntur pro quolibet periculo, quod ex concursu & turba hominum impendere videtur, etiam pacis tempore. Sic *depositum tumultus causa* legimus apud Vlpianum *in l. 1. §. 1. ff. depositi*: & apud Iustinianum *in §. rei persequutoriæ. vers. planè. Instit. de Actionibus* quibus locis non verisimile tantum militiæ quandam speciem significari. Sic Ausonius *Epicedio in patrem*:

Vitati cœtus, ejuratiq́ue tumultus.

Quintò

Quintò sequuntur *Incendia.* Huc pertinet *tit. ff. de incendio, ruina, naufragio.* Sic alibi quoque sæpissimè in Iure Incendium inter casus fortuitos annumeratur, hoc est, si domus vel ejus pars vel alia res fuerit combusta: ut *l. 30. in lege falcidia. in pr. ff. ad leg. falcid. l. 11. si vendita insula. digest. de periculo & commodo rei venditæ.* Item §. *cum autem. vers. Itaque. Institut. de empt. & vendit.* Nec obstat quod plerumque incendia fiunt culpa inhabitantium: ut ait Paulus *in l. 3. ff. de offic. præfecti vigilum*: cui congruit, quod scribit Alfenus *in d. l. si vendita. de peric. & com. rei vend.* non posse incendium fieri sine culpâ: intellige, illius qui ignem negligentius habuit, sive custodivit, vel qui ad fornacem obdormivit: qui quidem rem humanam passus esse dicitur ab Vlpiano *in l. 37. si servus servum. §. si quis insulam. ff. ad leg. Aquil.* ex quo videbatur dicendum, Incendia non debere casibus fortuitis, sed potius culpæ annumerari. Respondendum est: verum quidem hoc esse, quod incendium non possit fieri absque alicujus culpa (quanquam nonnulla incendia etiam dolo fiant Incendiariorum, (durch arge list der Mordbrenner) qui videlicet ignem dolo malo injecerunt, sed de eo genere hîc non agimus.) Et tamen illud ipsum damnum quod per incendium datum est, casum esse fortuitum, quod ad nos attinet, quorum neque dolus neque culpa intervenit. Et hanc solutionem suppeditat ipse ICtus *in d. l. 11. si vendita*; cùm ait: *Neque si servorum negligentia factum esset* (incendium) *continuò dominus in culpâ erit*, quasi dicat Alfenus, Incendium respectu quidem servorum contingit culpâ; sed respectu domini vel ejus ad quem res pertinet, est casus fortuitus, qui ad ipsum non pertinebit, neque ab ipso præstari debet. De incendiis (quod obiter indico) per quinque capita diligenter ac succinctè explicat Mynsingerus *cent. 6. observ. 88.* & duo extant doctissima Responsa *in consiliis Academiæ nostræ*, quorum unum est Hub. Gifanii, Doctoris mei venerandi, alterum Marquardi Freheri amici magni. Denique de pœnâ Incendiariorum, (quod etiam obiter dico) potest videri constitutio criminalis Caroli Quinti *proprio tit.*

Sextò, addit Vlpianus *Aquarum magnitudines*: significans inundationes & diluvia, seu cataclysmos, quibus sæpè & homines, & jumenta aliaque pecora abripiunt ac suffocantur: adeoque etiam tota ædificia diruuntur ac subvertuntur: maximè prope mare, vel flumina majora. *Inundationem aquæ* vocat Imp. *in §. cum autem emptio. Institut. de empt. & vendit.* Notandum est autem, hujusmodi inundationes non modò in præsens maxima damna dare: sed in futurum quoque magnas sæpè portendere calamitates: cujus rei exempla in lectione historiarum observari & annotari possunt. Atque huc pertinet etiam quam vocant Germani Wolckenbruch/ quasi dicas, nubium rupturam. Eodem quoque pertinet vis fluminis, qua fundus vel pars ejus aufertur. *vid. d. §. cum autem emptio. Institut. de emptione & venditione. & §. præterea. Institut. de rer. divis. & l. 16. ex conducto. §. 2. ff. locati.*

Septimò adjungit Vlpianus *Impetus prædonum.* *Prædo* in Iure duobus ferè modis sumitur: primò pro quolibet possessore malæ fidei, qui quamvis sciat rem ad se nihil pertinere; tamen eam vel invadit atque occupat; vel retinet, sine ulla possidendi causa, sine ullo titulo: tametsi rem vi non rapuerit, neque more latro-

nis prædatus sit. *Videatur l. 11. pro hærede. §. 1. & 2. ll. seqq. l. 25. sed etsi. §. quod autem. & §. si ante. & l. 31. si quid possessor. §. sicut autem. ff. de hered. pet. l. 55. si urbana. ff. de condict. indebiti. l. 22. si pignore. §. si prædo. ff. de pigneratitia actione. l. 5. & l. 13. Pomponius. §. ex facto. ff. de acquir. possessione.* Atque ita accipitur etiam *in l. 126. inf. h. t. Nemo prædo est, qui pretium numeravit*: quæ regula totidem verbis extat *in l. 23. nec ullam. §. si quis sciens. ff. de hered. pet.* Hinc Vlpianus *prædonio more versari* dixit, *in allegata l. 25. §. de eo autem.* id est, more possessorum malæ fidei agere. Secundò, quæ significatio hujus loci est propria) prædo est idem qui latro & latrunculus: & opponitur justo hosti, hoc est, ei cui sive adversus quem populus Romanus, quivè ipse populo Romano bellum decrevit & indixit. *l. 24. Hostes sunt. ff. de captivis & postlim. revers. l. 118. hostes hi sunt. ff. de verb. sign.* Sic Cicero *in 2. Catilin.* prætores direptoresque in eodem genere ponit: & Livius *lib. 9. de bello Punico* prædatorias classes opponit exercitui Romano. Alio nomine Impetus prædonum appellantur *Aggressura latronum*: ut *in l. 5. Quæ fortuitis. Cod. de pignor. act.* & *incursus latronum*, in *l. 1. C. depositi. & §. Item is cui. Instit. quibus modis re contrah. oblig.* ubi cojungitur *latronum hostiumvè incursus*: ne quis putet, quia in lege nostra *prædones* tantum nominantur, idcirco *hostium incursiones* non esse in casibus fortuitis, ut per *d. §.* manifestè probatur, & per *l. 16. ex conducto. §. 2. ff. locati.* Nec minus etiam *piratarum insidiæ* in casibus fortuitis sunt habendæ. Parvi enim refert, terrâ an mari quis grassetur & prædas agat: sicut ille quondam pirata ab Alexandro Magno captus respondisse scribitur, quærenti, cur myoparone auderet mare infestum habere, & prædas agere? *Egò*, inquit, *idem facio in mari, quod tu in terra.* Huc etiam pertinet, *effractura latronum*, quæ nominatur ab Imp. Antonio, *in l. 1. C. de locato*, & conjungitur cum periculo vis majoris. Nominatur etiam *effractura crimen*, in *l. 48. quæro, D. de bon. libertorum.*

Atque hæc sunt exempla sive species casuum fortuitorum, quæ in h. l. nostra habentur: quibus etiam alia plura addi possunt, ex Iure collecta: ut,

Octavò, *Ruina*, verbi gratia ædium. *l. 1. §. & illa quidem. ff. de oblig. & act. & §. Item is cui. Inst. quib. mod. re. &c.*

Item Nonò *Naufragium*, *locis jam indicatis*: quod tamen intelligendum est cum hac duplici limitatione, quæ est expressa *in l. 16. utiq., in fine, & l. 36. qui petitorio. §. 1. in fine. ff. de rei vind.* Primùm, modò ne adverso & alieno tempore navis navigatum missa sit. (Quæ autem fuerint aput veteres legitima & idonea navigandi tempora, docet Vegetius *lib. 4. de re milit. c. 39.*) Secundò, modò ne minùs idoneis hominibus fuerit commissa. Nam his casibus si naufragium contigerit, tunc certè præstabitur, neque amplius pro casu fortuito seu fatali damno, habebitur. Scire enim debuit, navem adverso tempore navigatum missam, vel imperitis hominibus commissam, naufragio perituram: & hoc infortunium præcavere & avertere potuit. Sed hac de re infrà commodius, ubi explicabitur, quando & quatenus in contractibus præstentur casus fortuiti, qui regulariter non præstantur. Adhuc autem id potissimum agimus, ut simplices terminos hujus legis, sicut in evidentialibus fieri solet ac debet, explicemus.

Decimò, his addendus est *turbo*, quo arbores vel ædificia vel alia dejiciuntur l. d. §. *Cum autem emptio. Inst. de empt. & vend.* Turbo inter alia significat ventum vehementissimum, versatilem & se contorquentem cum fragore maximo, objecta & obvia quæque deturbantem & prosternentem: quando ut ait Silius Italicus *l. 8.* Insanis turbinibus furit ventus: sive ut Virgilius lib. 1. Georg.

--------- Cum turbine nigro

Ferret hyems culmumq; levem stipulasq; volantes.

Et 2. *Æneid.*

-------- Rupto turbine venti

Confligunt.

Unde etiam *prælia ventorum concurrere* alibi dicuntur *eod. lib. 1. Georg.* Huc pertinet *violentia ventorum*; quæ nominatur *in l. 24. fluminum. §. 4. Servius. ff. de damno infecto*: & *vis venti* tanta, ut quamvis firma ædificia convellat. *l. 43. damni infecti. in pr. ff. eod. tit.* Exemplum extat in sacra historia Iobi *c. 1.* Talem quoque ventorum vim incredibilem iratus vitiis nostris Deus nobis immisit in confinio annorum M. DC. XII. & M. DC. XIII. cui similem vix quisquam meminit aliàs extitisse. In rei memoriam scripsi Elegos, quos in gratiam Lectoris hîc inseram.

DE VENTIS SUB INITIUM ANNI M. DC. XIII. longè lateque per Europam immaniter sævientibus, & inæstimabilia damna dantibus.

QUID sibi vult tandem venti violentia tanta,
Aëra concutiens anno ineunte novo?
Tecta solo dejecta jacent, compage soluta:
Passim etiam stabula & procubuêre casæ.
Horribilis fragor in silvis auditus opacis
Humanumq; genus terruit atq; feras:
Plurima dum, celso quæ pulsans vertice nubes
Eminuit nuper, concidit arbor humi,
Aut fracta in medio, aut vulsa ab radicibus imis,
Secum alias unoq; impete corripiens.
Aggeribus ruptis in terras se intulit æquor,
Diluvioq; homines obruit & pecora.
Quid memorem tot naufragiis infamia passim
Aequora, submersis mercibus atque viris?
Sed neq; turribus ac templis furor ille pepercit.
Ex alto & gravior facta ruina loco est.
Et quis damna queat numero comprendere, latè
Tempestas per agros quæ truculenta dedit?

Fallor?

Fallor? an hæc hominum signant præludia pugnas,
Armaq; in armatas post capienda acies?
At nos te auctorem pacis, Pater alme, rogamus,
Ut jubeas sævum hinc omen abesse procul.
Turbida tranquilla sed secula pace serenes,
Accumulesq; annum prosperitate bona.
Sic tua pectoribus gratus benefacta canemus,
Plenaq; semper erunt laudibus ora tuis.

C. R.

Vndecimò, Sic *terræ motus*, quo ager ita corruerit, ut nusquam sit, est casus fortuitus & vis major. *d. l. 16. §. 2. ff. locati.*

Duodecimò exemplum superiori cognatum præbet *chasma*, quo fundus sive prædium perierit. *l. 11. verum. §. si locupleti. ff. de minoribus. l. 47. Cum res §. ult. ff. de legatis* 1. Chasma παρὰ τῶ χαίνειν, est hiatus, quo terra discedit, atque dehiscit, & voragine quadam absorbet quicquid supra eam consistebat: sicut factum legimus in historia sacra, quando Core, Datan & Abiram, cæterosque illorum socios seditiosos ac rebelles Moysi, vivos ac videntes, cum omnibus ipsorum fortunis, terra absorbuit, *Numer. 16. vers. 30. & seqq.* quod repetitur *Deut. c. 11. v. 6* & *Ps. 105. vers. 17.* dicitur etiam *labes*, à labendo scilicet, id est, corruendo. *in l. 16. §. 2. vers. sed etsi labes*, & *in l. ult. ff. locati.* Vnde & Cicero *lib. 1. de divinat.* conjungit labem cum terræ motu: & ait, ad Senatum delatam labem agri Privernatis, cum terra ad infinitam altiudinem desedisset.

Decimotertiò exemplum casus fortuiti præbent volatilia & insecta quędam, quando inusitata copia & multitudine ingruentia invadunt ac depascuntur segetes & alios fructus: ut *graculi, sturni.* & maximè *locustæ.* Priora duo genera nominantur *in l. 16. Ex conducto. §. 2. ff. locati.* Et de locustis quanta sæpè damna intulerint, passim apud historicos videre licet: unde non injuria *edax locustarum pernicies* dicitur *in l. 18. Excepto. C. de locato & conduct*: & inter decem plagas Ægypti una est etiam hæc, quam intulit locustarum multitudo.

Decimoquartò exemplum suppeditant reptilia quædam & vermes frugibus nocivi: ut sunt *erucæ*, sive *raucæ. dict. l. 16.* Videatur & Cujacius *libr. 15. observ. cap. 28.*

Decimoquintò, his accedant vitia quædam & quasi morbi frugum. v. g. *Vredo, rubigo, & carbunculus*: accedant quoque *herbæ noxiæ*, quibus segetes corrumpuntur: ut fit, quando

Infelix lolium & steriles dominantur avenæ.

ut ait Virgilius *in Georg.* Videatur post Cujacium, & Catell. Cottam *in memoralibus* etiam Gothofredus *ad d. l. 16. ff. locati.*

Decimosextò, addamus his etiam vitia ex re ipsa nata: v. g. ut est *periculum acoris, & mucoris in vino*: hoc est, quando vinum acescit, vel vapescit. Videatur *d. l. 16. §. 2. in verb. veluti si vinum coacuerit. ff. locati. & l. 1. in pr. & l. 4. si quis vina. digest. de peric. & com. rei vend.* quo pertinet etiam *vinum fugiens*, ut appellat Cic. *in 3. de off.*

Decimoseptimò, casibus fortuitis etiam annumeranda sunt *damna ab aliis hominibus alicubi illata*. Nam quò minùs illa nobis aliquis injuria det, nullâ curâ, custodiâ aut diligentiâ consequi possumus: cum adversus vim custodia parum proficiat. *l.19. Ad eos. ff. commodati. l.41. sed de damno. ff. locati. & l.31. si ea res. in pr. ff. de Act. Empti.*

Et hæc de casibus fortuitis: qui & *improvisi* dicuntur, *in l.13. A procuratore. Cod. mandati.* & *fato contingentes* in *l.11. Verum. §. si locupleti. ff. de minorib.* Vbi Vlpianus scribit, *quod fato contingit, cuivis patrifamiliás quamvis diligentissimo potest contingere.* cui congruit illud Ciceronis *lib.5. epistola 17. communem & incertum casum neq; vitare quisquam nostrum, neq; præstare ullo pacto potest.* Hotom. *lib.4. observ. c.7.* omnes hos casus ad quinque genera revocat, I. ad vim divinam, (quæ non solùm nominatur in *l.25. si merces. §. vis major. ff. locati.* sed etiam in *l.24. §.4. ff. de damno infecto.*) II. ad vim naturalem. III. ad vim humanam. IV. ad vim bestialem. V. ad vim fluminalem sive fluviaticam, itemque maritimam. Donellus *lib.16. Comment. juris, c.6. p.617.* ait: casus fortuitos vel existere à rebus superioribus, vel inferioribus: & his aut animatis, ut hominibus; ijsque vel conjunctis, ut in exercitu; vel singulis aut privatis: aut à rebus inanimatis. Plura de casibus fortuitis qui vivere avet, is legat Sebast. Medicem, *in tract. quem de illis fecit.*

PROTHEORIÆ CAPVT SEPTIMVM.

PRÆSTARE *quà varias habeat significationes in Latina lingua, & quæ sit hujus loci propria.*

RESTAT ex prolegomenis *ad Legem contractus* ultimum caput, quod est de verbo *præstandi.* Eo enim Vlpianus bis *in hac lege* utitur, & sæpius *in d. l.5. §.2. nunc videndum. ff. commodati.* & alii alibi. Igitur *præstare* varias habet significationes, easque elegantissimas omnes. v. g. Primùm usurpatur pro excellere, vel antistare: ut cum ait Cicero *libr.4. de Finib. Virtus præstat ceteris rebus.* & Idem *lib.2. de legib.* Patriam dicit charitate præstare: & idem *in Bruto*, Mutium Scævolam scribit Iuris civilis intelligentia atque omni prudentia præstitisse: & *eodem libro, Doctus auditor indocto præstat.* & *2. de Inventione, suavitate & brevitate dicendi aliis præstitit Aristoteles*: & in *libr. 2. de Orat. Lepore & humanitate omnibus præstitit Socrates*: Et pulcherrimè idem Cicer. *1. de offic. Quorum patres aut majores aliqua gloria præstiterunt, ij student plerumque eodem in genere laudis excellere.* Item *eodem lib. Difficile est, præstare omnibus concupieris, servare æquitatem.*

Secundò idem valet præstare quod exhibere vel dare, vel etiam adhibere. dicimus præstare alimenta & alimoniam, amorem, benevolentiam, beneficium, commodum, consilium, diligentiam, favorem, felicitatem, fidem, gaudium, honorem, item tutum, intellectum, indemnem vel indemnitatem, jusjurandum, memoriam, munus, obsequium, operam, otium, pacem, pietatem,

quæstum,

quæſtum, reverentiam, ſalutem, ſapientiam, ſedulitatem, ſilentium, ſolicitudi-
nem, vires, vitam, voluptatem &c.

Tertiò præſtare eſt præficere aliquem: vt Ciceroni, *in epiſtola* 1. *ad Q. Fratrem:*
præſtare finibus, id eſt præficere.

Quartò, præſtare eſt adducere vel ſiſtere aliquem, ut apud Plautum *in Moſtella-*
ria. præſtare ante ædes. Quæ tamen duæ ſignificationes paulò ſunt rariores. Se-
quentes autem ſignificationes ſunt in Iure uſitatiſſimæ.

Vt Quintò cùm dicunt ICti. præſtare legata. *tot. tit. ff. de legat. præſt.* Item in
hac Regula. Rem legatam hæres eo loco præſtare debet, in quo à teſtatore eſt re-
licta. *l.* 108. *ſi ſervus legatus. in pr. ff. de legatis* 1. Præſtare id eſt dare, ut exponitur *in*
l. 38. *quod legatur. ff. de judiciis.* ſic legatorum præſtatione id eſt ſolutione dicitur
hæres onerari à teſtatore, *in l.* 98. *ſi plures gradus. ff. de legatis.* 3. ſic præſtare fidei
commiſſum. Dicitur *in l.* 50. *ff. de Iudiciis.* Sic præſtare pecuniam & libertatem,
dicitur *in ead. l.* 108. §. *penult.* & præſtare uſuras *in l.* 1. §. 1. *ff. de uſuris.* id eſt ſolvere
vel pendere, quo verbo etiam *ibid.* utitur Papinianus *d. l.* 1.

Sextò dicunt ICti. præſtare alteri ſuas actiones adverſus alterum: ut *in d. l.* 108.
§. *Qui margarita. ff. de legat.* 1. ſignificare volentes ceſſionem actionis. Similiter
uſurpatur verbum *in l.* 6. *licet.* § *ultim. ff. Nautæ caup. ſtabul.* & *in l.* 2. *ff. depoſiti.* &
l. 31. *ſi ea res. ff. de act. empti*: quod aliàs apud eosdem eſt, exhibere, mandare, trans-
ferre: & uſitatius cedere actiones. Hæc enim omnia idem valent: ut docet ad-
verſus Accurſium Giphanius *ad l.* 1. *C. de oblig. & action.*

Septima ſignificatio huius loci eſt propria, *præſtare* enim idem hîc valet, quod
in ſe aliquid recipere tuendum, vel etiam cogi aliquid luere, ſeu reſarcire, ſeu
emendare damnum ex ea re datum, vel exortum. Germani dicunt gut für etwas
ſein/ oder gelten. Item, für etwas hafften oder verbunden vnd verpflichtet ſein.
Sic dicunt ICti. præſtare dolum, culpam latam, levem & leviſſimam: præſtare di-
ligentiam, caſum, periculum, interitum, damnum fatale, vel fatum; ut paſſim ali-
bi, ſed maximè *in h. l. noſtra.* & *in l.* 5. §. *nunc videndum ff. commodati* (ubi etiam ver-
bo *exhibendi* ſic uſus eſt Vlpianus.) & *in l.* 108. *ſi ſervus.* §. 12. *cum quid tibi legatum.*
ff. de legatis 1. Item *in l.* 1. *C. depoſiti,* & *in l.* 13. *A procuratore. C. Mandati,* ſic Cicero
in 1. *de Orator. Iſtam culpam quam vereris ego præſtabo.* Item *lib.* 6. *Epiſt. ad Torquatum;*
Simus igitur ea mente quam ratio & veritas præſcribit, ut nihil in vita nobis præſtandum
præter culpam putemus. Et *lib.* 9. *ad Petrum. Nihil eſſe ſapientis præſtare præter culpam,*
d. lib. 1. *de orat. Defendebamus,* inquit, *quidquid fuiſſet incommodo in mancipio, id ſi*
venditor ſciſſet, neq; declaraſſet præſtari debere; & *pro Murana, Periculum judicij præ-*
ſtare debet, qui ſe nexu obligavit. Huc pertinet magnopere locus inſignis *lib.* 3. *de of-*
fic. Qui ſint boni, & quid ſit benè agi, magna quæſtio eſt: Quintus quidem Scævola Pontif.
Max. ſummam vim eſſe dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur, Ex Fide
Bona: *Fideiq; bonæ nomen manare latiſſimè: idq; verſari in tutelis, ſocietatibus, fidu-*
ciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitæ ſocietas continetur.
In his magni eſſe judicij ſtatuere, præſertim cum in pleriſque eſſent judicia contraria,
quid quemque cuique præſtare oportet. Et mox: *Nec verò in prædiis ſolùm jus civile,*
dictum à natura, malitiam fraudemque vindicat, ſed & in mancipiorum venditione, ven-

ditorum fraus omnis excluditur. Quod enim ſcire debuit de ſanitate, de fuga, de furtis, præſtatur edicto Ædilium, & paulo antè eod. libro. *Iudex*, inquit, *ita pronunciavit: cum in venundando, rem eam ſciſſet & non pronuntiaviſſet, emptori damnum præſtari oportere*; Et inferiùs, *Ius Craſſus urgebat, quòd vitium venditor non dixiſſet, ſciens id oportere præſtari.* Quæ omnia mirè faciunt ad illuſtrandum Iuris noſtri titulum *de Ædilitio edicto*, videatur maximè *l. 17. Quid ſit fugitivus §. ult.* cum 2. *ll. ſeqq. ff. illo tit.* Neque minùs illuſtris eſt locus apud eundem Ciceronem *in Topicis ad Trebat*, qui ſimul valde conducit ad ICtorum & Iuriſprudentiæ amplificandam dignitatem: *Privata*, inquit, *judicia maximarum quidem rerum in ICtorum mihi videntur eſſe prudentia. Nam & adſunt multum, & adhibentur in conſilio, & patronis diligentibus, ad eorum prudentiam confugientibus, haſtas miniſtrant. In omnibus iis Iudiciis in quibus* EX FIDE BONA *eſt additum plurimus earum uſus eſt*: ubi verò etiam, VT INTER BONOS BENE AGITUR inprimiſque *in arbitrio rei uxoriæ*; *in quo eſt* QUOD ÆQUIUS MELIUS. *parati eſſe debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi æquum bonum, illi quid ſocium ſocio, quid eum qui negotia aliena curaſſet cujus ea negotia fuiſſent, quid eum qui mandaſſet, eumve cui mandatum eſſet, alterum alteri præſtare oporteret: quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.*

Et hæc de verbo *præſtare*: cui ut diximus aliquando æquipollet *Exhibere*: ut culpa exhibetur *in d. l. 5. §. nunc videndum. ff. commodat.* Æquipollent etiam iſtæ formulæ: *in contractum venit* dolus vel culpa, vel diligentia: vel cuſtodia: item *contractus recipit* dolum, culpam, diligentiam: non recipit caſum. Poſteriore modo & *in hac ipſa l. noſtra.* Vlpianus non ſemel loquitur: priore modo cum alibi, tum *in d. l. 5. ff. commodati.* Præterea idem aliâs quoque dici ſolet, *teneri* aliquem de dolo, de culpa, de caſu: item de eo quanti vel quatenus intereſt: ut *in l. 16. ad comparandas. C. Mandati.* Denique idem valet aliquando *condemnnadum eſſe* de dolo, vel de culpa, ut apud Modeſtinum *lib. 2. differentiarum* relato *in collatione legis divinæ, cum LL. Romanis tit.* 10. *de depoſito.*

Vt igitur tandem concludamus, *præſtare dolum* vel *culpam*, non eſt, ut imperitior aliquis fortaſſe putet, committere dolum, vel culpam: ſed potiùs reſarcire alteri damnum, dolo vel culpa datum. Significatur enim metonymicè affectus per nomen cauſæ; ſive conſequens per vocabulum antecedentis: ut rectiſſimè admonuit Philip. Matthæus *ad h. l. n. 3.*

PROTHEORIÆ CAPVT OCTAVVM.

DE COMMENDATORIBVS HVIVS LEGIS.



HVcuſque fuerunt ſeptem capita prolegomenorum neceſſariorum & utilium non modò ad hanc legem noſtram pleniùs intelligendam, ſed etiam ad alia Iuris Civilis & bonorum auctorum, loca. v. g. primum

de

de Inſcriptione hujus legis & Auctore ejus Vlpiano; Secundò de ſumma, ſcopo atque intentione hujus legis, & aliis locis conſimilibus. Tertiò, de contractibus in genere. Quartò de iis quæ veniunt in contractibus vel non veniunt: & in ſpecie, de dolo. Quintò, de culpa. Sextò, de caſu fortuito. Septimò de verbo *Præſtare*, quam vim hoc loco illud habeat. His poſtremò etiam Octavum caput addi poteſt, nempe de celebrioribus interpretibus qui ad hanc legem ſunt commentati. Eorum alii ad totum tit. *de Regulis Iuris* ſcripſerunt; ut Bulgarus, Placentinus, Philip. Decius, Maynerius, Ioan. Ferrarius Montanus, Hieron. Cagnolus. Pet. Faber, Iacobus Ravardus, & utriusque doctor Cujacius, Chriſtoph. Sturcius, Philip. Matthæus. Alii verò ad hanc duntaxat legem vel paucas prætereà alias, commentati ſunt; ut Ioannes, Igneus, Hugo, Cynus, Campanus, Anton. Contius, (qui Cujacii collega doctiſſimus fuit, Epitaphio quoque verſu glorioſo ab ipſo ornatus:

Hic jacet æternis victurus Contius annis.

Henricus Bocerus, amicus noſter, Hubert. Giphanius, & Marc. Ant. Delrio: qui quidem gloriatur à nemine ante ſe hanc legem ſatis idoneè fuiſſe explicatam, ſe vero novam interpretandi methodum illi adhibuiſſe: in quo ſatis jactabundè ſe gerit, nihil alienum faciens à more gentis ſuæ. Eſt enim Hiſpanus. Illud tamen ingenuè; quod fatetur, à quibus fuerit adjutus, nempe in Methodo à Ioach. Hoppero Friſio, qui interpretationem quintuplicem; Hiſtoricam, Etymologicam, Pragmaticam, Analogicam, & Forenſem: In rebus autem ipſis ab aliis commentatoribus.

INCIPIT IPSE COMMENTARIUS.

CAPVT PRIMVM.

Continens Legis hujus partitionem.

DEINCEPS, à prolegomenis, quæ majoris evidentiæ, & plenioris intellectus causa præmisimus, ad rem ipsam, id est ad specialem legis nostræ interpretationem accedendum est. Initio autem ad memoriam nobis revocare debemus quadrimembrem partitionem hujus legis, quàm suprà tradidi *sub 2. cap. prolegomenorum.* Nam Primùm docetur hîc, quid ex natura cujusque contractus in illum veniat, & quid à contrahentibus sibi invicem sit præstandum: ubi inquam dolus tantùm præstetur, & (quæ sub hoc in contractibus semper comprehenditur) lata culpa: ubi præsereà supra dolum & latam culpam, simul etiam levis culpa, (quæ & absolutè *culpa* dicitur) præstanda veniat: denique ubi præter dolum ac latam & levem culpam insuper etiam diligentia sive levissima culpa præstetur. Secundò traditur Exceptio: Extra quam si quid pacto incontinenti adjecto fuerit de consueta & ordinaria sive regulari natura alicujus contractus fortè immutatum: quod fit vel detrahendo vel adjiciendo quidpiam, ut suo loco infrà explicabitur. Tertiò subjicitur exceptio hujus exceptionis, sive quasi replicatio quædam; Nisi pactum fuerit injustum, & inutile: ut declaratur, quænam pacta sint inutilia & injusta, sive à Iure bonisque moribus exorbitantia & improbata. Quartò & Vltimò, afferuntur casus fortuiti, qui à nemine in ullo bonæ fidei contractu sive negotio præstandi sint regulariter: nisi fortè aliud quid accesserit: puta quòd quis pacto in se receperit periculum sive casum: vel quòd culpa aliqua ipsius intervenerit, ex qua deinde casus & interitus rei fuerit secutus: quam interpretes vocant *culpam ad casum ordinatam.*

Alii tantùm tres hujus legis partes constituunt: nempe ut secunda incipiat ibi: *Sed hæc ita &c.* Tertia ibi: *animalium verò casus &c.* Quam partitionem etiam Doctiss. Contius retinet. Sed non erat prætereunda etiam illa pars de pactis inutilibus, quæ est in vers. *excepto eo:* ac propterea Delrio secundam partem subdividit in duas alias: videlicet in regulam de pactis eorumque effectu in immutandis contractibus; & in regulæ exceptionem. Quod eôdem fere cum nostra partitione recidit: extrà quàm quòd ICtus de pactis non tàm ut regulam, quàm ut exceptionem à regula affert: quod satis indicant particulæ *Nisi si*; quæ sunt notæ exceptionis: ut docui *ad tit. de Except. in Instit.* Non nego tamen, posse unam eandemque

idemque sententiam diverso respectu dici nunc Regulam, nunc Exceptionem.

Dicam, si potero, etiam planius, quid hac lege agatur: Tota hæc lex absolvitur Quatuor principalibus & latioribus propositionibus. Prima hæc est: Contractuum alii ex natura sua sive regulariter dolum tantùm recipiunt: sub quo etiam latam culpam semper intelligimus: & hi quidem sunt paucissimi. Alii dolum & culpam: hoc est dolum, latam & levem culpam, qui quidem sunt plures: alii denique etiam diligentiam h.e. præter dolum & latam ac levem culpam etiam levissimam: qui sunt item pauciores. Secunda propositio principalis est ista: Pactis, vel detrahentibus vel adjicientibus, aliquid potest de natura & regula contractuum immutari: & quod pacto inter contrahentes placuerit, hoc servandum atque custodiendum est: cum det legem contractui: Tertia propositio hæc est: Pacta injusta & inutilia non sunt in contractibus servanda: neque informant contractus vel actionem pariunt, vel exceptionem: v.g. quibus dolus remittitur, sive cum quis paciscitur, ne de dolo futuro secum agatur. Quarta est propositio: Casus fortuiti, seu fatales, atque improvisi, in nullo bonæ fidei judicio præstandi sunt: Quorum quidem exempla aliquot hîc recensentur. Sunt præterea plures speciales propositiones in *h.t.* involutæ, quæ sub prima comprehenduntur. De his infrà separatim agetur.

CAPUT SECUNDUM.

De Prima Parte hujus legis.

VIDEAMUS igitur primò: *quid unusquisque contractus recipiat ex natura sua*: (sic enim eleganter supplent Harmenopulus, & Contius, quod absolute dixerat Ulpianus, *Contractus quidam recipiunt.*) & quid is qui ex eo est obligatus, alteri præstare debeat regulariter: ubi pauca præmonuero; ut primò, nomen *contractus* hîc includere etiam quasi contractus; ut perspicuum est, ex tutelæ & negotiorum gestione inter exempla hic allatis. notum est enim hos esse quasi contractus. §. 1. & *tutores Institut. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc.* Deinde contractus & quasi contractus hîc enumeratos, sive actiones inde ortas, omnes esse bonæ fidei. Quod etiam satis indicat Ulpianus illis verbis *hoc enim bonæ fidei judicio contrarium est*: idemque & Anton. Contius bis tervé *ad h. l.* admonet. Tertiò non omnes etiam bonæ fidei contractus hîc enumeratos esse. Sunt enim plures quàm hi duodecim qui hic recensentur; ut videre licet *in* §. *Actionum. Instit. de Act.* Omittitur quippe *arrhæ datio*: quæ tamen etiam est contractus, non minùs quàm pignoris datio; & quidem est contractus bonæ fidei: ut docui *ad init. tit. Institut. de emptione & vendit.* videatur & *tit. Cod. de sponsalib. & arrhis sponsalitiis*, & *tit. Cod. si rector provinciæ vel ad eum pertinentes sponsalitias dederint arrhas.* Omittitur quoque *permutatio*, quæ est contractus similis emptioni & venditioni. §. *item pretium* & §. *diversæ scholæ auctor. Institut. de empt. & vendit. l. 1. digest. de contrahenda empt. l. 1. ff. de rerum permut. & l. 5. Naturales.* §. 1. *ff. de præscriptis verbis.* Omittitur etiam *Æstimatio*; de qua est *tit. in digest. de æstimat. action.* & *in d.* §. *Actionum.* in verbis *quæ de æstimato proponitur. Institut.* de

de Actionib. Omittitur denique *divortium*: tametsi hoc potius est distractus matrimonii quàm contractus, ut rectissimè admonet Ant. Contius. Verùm ut maximè illi contractus, & fortasse alii quoque, hîc sint omissi: tamen sciendum est, exempla non restringere regulam, sed illustrare. Nam neq; omnes casus fortuiti hîc afferuntur in vers. *animalium*. Sed sunt multò plures, ut suprà demonstravimus.

Priusquam autem enunciationes aliquot specialiores ex hac lege colligamus, exemplo Antonii Contii, (qui verissimè & doctissimè monuit, Sicut tot sunt stipulationes quot sunt res: sic etiam tot esse hîc simplices enunciationes quot sunt res.) illud meminisse debemus, posse etiam altiùs ascendi, ut generalem regulam ita quàm brevissimè concipiamus quadri partitò: In omni contractu dolum præstandum esse: & ne præstetur, de pacto quidem effici posse: In nullo contractu casum fortuitum: in quibusdam culpam præstari debere, scilicet levem: In aliis insuper etiam diligentiam, id est culpam levissimam. Ratio de prima parte, cur inquam dolus ubique sit præstandus, ac ne remitti quidem in futurum possit, hæc est: quia dolus est planè voluntariæ malitiæ, & ad delinquendum impellit: proindeque non debet tolerari, neque impunitus esse. De altera parte, id est, cur casus fortuitus in nullo contractu præstetur, ratio est: quia hic planè præter voluntatem & invitis accidit: nec est in potestate hominis eum evitare, ut suprà docui: ideoque est meritò extra pœnam. Deniq; de culpa, cur & illa in quibusdam præstetur contractibus, ratiò est: quia hæc est voluntaria: sive quia eam declinare, eaq; vacare, non est supra hominis vires. Cur autem in quibusdam sufficiat præstare dolum, in aliis levem culpam, in aliis hoc ampliùs etiam levissima culpa præstanda sit; ratio redditur ab Vlpiano *in l.5.§.2.nunc videndum est.ff.commodati*, & *in l.*108. *Si servus* §.*cum quid.ff.de legat.*1. quæ est lex Africani, de qua & Cuiacius videatur *in tractatu 5. ad Afric.* sed hæc omnia meliùs intelligentur infrà in progressu explicationis. Ad hunc locum pertinet præclara illa disputatio Aristotelis, *init.lib.3.Ethic.* quæ magnum lumen afferre potest, tàm huic nostræ tractationi quàm universo Iuri civili & actionibus humanis, quarum ibi principia traduntur: de iis scilicet, quæ spontè vel invitè facta sunt.

Sed jam dictis nonnulla obstare videntur: quæ breviter diluemus. Nam 1. ei quod diximus, dolum in quolibet contractu præstandum esse: (hoc est, ab omnibus contractibus dolum malum abesse atque exulare oportere; sive contractus aliquis sit bonæ fidei, sive sit stricti Iuris: cum hoc tamen discrimine ut bonæ fidei contractus, cui dolus causam dedit, ipso Iure sit nullùs; stricti autem Iuris contractus valeat quidem mero jure, sed tamen ope exceptionis doli corrigatur: ut explicantur *in l. 7. Et elegantur.* §. *hoc enim. ff. de dolo malo.* & *in l.36. si quis cum aliter. ff.de verb.obl.* videantur & *h.ll.l.57.domum.in f.ff.de contah.empt.l.3.in contractibus. C. quib.ex causis majores.l.4.Bonam fidem C. de obl.& act.l.31.Bona fides.ff.de positi. l.59.si mandatu.* §. *Paulus.ff. Mandati.l.5.si dolo.C.de rescind.vend.l.16. In causa* §.1. *ff. de minorib.*) Ei ergo obstare videtur, quod *hac ipsa leg.nostra* ab Vlpiano dicitur: *contractus quidam dolum malum recipiunt.* Hinc enim ita quis argumentabitur: si QUIDAM tantum recipiunt dolum malum, ergo non in omnibus contractibus dolus est præstandus. Resp. Non hoc vult Vlpianus, quasi quidam sint contractus, in quibus

bus dolus malus non præstetur, sed impunè possit committi. Hoc enim falsum & absurdum esset, plurimisque aliis locis, quorum præcipuos modò adduxi, manifestè repugnaret. Non igitur talem facit anthitesin IC. Alii contractus recipiunt dolum; alii recipiunt: h.e. aliqui sunt contractus in quibus dolus præstatur, aliqui in quibus non præstatur: Sed hæc potiùs ejus mens est, ut ex toto contextu apparet, quod discrimen facit inter contractus bonæ fidei, eorumque nonnullos esse ait in quibus *tantùm dolus præstetur*: & sub eo comprehensa vel subintellecta lata culpa, quæ reprehendat dolum, & prope dolum & instar doli est: nonnullos verò esse in quibus *præter dolum præstetur etiam culpa*, videlicet levis: Deniq; nonnullos, in quibus *etiam diligentia*, i.e. levissima culpa veniat præstanda. Non quasi dolus in secundo & tertio genere non debeat præstari: immò verò maximè in his etiam dolus præstandus venit semper enim hoc pro certo tenendum est: à quocunque id quod plus est, exigitur, ab eodem multò magis id etiam exigi quod minus est: cum in eo quod plus est semper insit minus, ut ait Paulus *in l. 111. in pr. inf. h. tit.* v. g. plus est præstare diligentiam, seu levissimam culpam, quam levem: ergo qui tenetur de culpa levissima: idem multo magis etiam de levi culpa tenetur: item plus est præstare levem culpam, quàm latam culpam: ergo qui de levi culpa tenetur: idem multò magis præstare debebit, si quid per latam culpam seu magnam negligentiam dederit damni. Deniq; minùs est & leviùs teneri de dolo tantum, quàm etiam de culpa: ergo qui tenetur de culpa, idem etiam, & multò quidem magis, tenebitur, si dolo quid admiserit. Hæc autem omnia non convertuntur. Neq; enim ubicunque dolus præstari debet, ibi etiam culpa aut diligentia præstanda venit. Et hæc de priori objectione.

Sequitur paulò gravior altera. Nam quod diximus, in omnibus contractibus dolum præstandum esse, huic obstare videtur. *l. 16. In causæ. §. pen. ff. de minoribus* & *l. 22. Item si pretio. §. ult. ff. locati.* Priore loco ait Vlpianus & dicti sui auctorem laudat Pomponium in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. In altera lege ait Paulus, & in emendo vendendoque, & in locationibus quoque & conductionibus naturaliter concessum esse invicem se circumscribere. Permissâ igitur in contractibus circumventione & circumscriptione, permissus intelligi debet dolus. Nam circumscriptum vel circumventum esse nihil aliud est quam deceptum esse dolo malo, quibus verbis sæpè utuntur IC. cum de dolo ac deceptione loquuntur: immò etiam Cicero cum *lib. 3. de officiis*, ait, circumscriptionem adolescentum vindicatam esse lege Lætoria: & *in oratione pro Cluentio* inquit: *Cum omnis ab his fraus, omnes insidiæ circumscriptionesq; adolescentium nascerentur &c.* Sic & Iurisconsulti: ut *in leg. 1. §. dolum* in verbis: *ut quis circumveniatur* & *in leg. 5.* in verbis *si quis pupillus circumscriptus sit*, & in *leg. 7. in pr. in verbis, si minor consilio servi circumscriptus.* & mox: *si in hoc ipso ut venderet, circumscriptus est.* & *in leg. 16. Item excidit.* in verbis: *scire enim debet Actor in qua re circumscriptus sit*: & in *leg. 18. Arbitrio. §. dolo* in verbis *ne lex circumscribatur. ff. de dolo malo. Ne lex circumscribatur*: hoc est, ne quid in fraudem legis fiat retentis quidem verbis eius, sed violata sententia, ut alibi dicitur. *leg. 29. contra legem*, ut etiam verbo

circumveniendi Paulus utitur, & *in l.* 30. *fraus enim legi fit. ff. de ll.* Quo modo etiam *circumscribi Iura* legimus apud Lactantium *in Epitome divin. Inst. c.* 3. *Circumscribi etiam jura cœperunt: siquidem ipsi Præsides Legum præmiis muneribusq́, corrupti, vel in remunerationem malorum, vel in perniciem justorum sententias venditabant.* Sic *& l.* 9. *si ex causa.* §. 1. in verbis: *si totum patrimonium circumscripta in dotem &c.* & *l.* 16. *in causæ.* §. 1. *si minor circumscriptus societatem coierit*, & *l.* 17 *Præfecti.* in verbis: *vel adversarii circumventionis.* & *in l.* 41. *si Iudex circumvento in venditione adolescenti. ff. de minoribus.* Sic *religio judicis circumventa* legitur *in l.* 33. *D. Hadrian. D. de re judic. & alibi.* Sic Paulus *in l.* 7. §. 1. *ff. de Except. Si quis fidejusserit pro minore* 25. *annis circumscripto, id est, decepto per dolum malum.* Eodem igitur modo etiam *in supra dd. duab. ll.* videntur accipienda verba *circumscribere*, & *circumvenire*; ut scilicet in illis contineatur dolus malus, qui in contractibus probetur. Sed illo modo existimandum est, tantos viros, qui æquitatis ac justitiæ alioquin studiosissimi fuerunt, approbatores, patronos, & auctores doli & perfidiæ extitisse: quibus potius Ius civile ubiq; maximè resistit & occurrit, quantum potuit: *argument. totius tit. de dolo malo. & tit. ff. quæ in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*, juncto *tit. Cod. de revocandis his quæ in fraudem creditorum. & tit. si quid in fraudem patroni*, & §. *in fraudem. Instit. qui & ex quibus causis manumit. non poss.* & §. *Item si quis in fraud. tit. Instit. de Actionibus*, item *argumento tit. Quod quisque Iuris &c.* & *tit. de alienatione Iudicii mutandi causa facta.* cum locis similibus: ut ita minimè sit credendum aut verisimile tantoperè Ius Civile hac in re à semetipso diffidere, ut fraudem ac dolum, quem alibi improbat, excludit & rescindit, duobus illis in locis voluerit probare ac permittere: quasi oblitum sui ipsius.

Vera autem illorum locorum sententia, quæ ex ipsismet earundem legum verbis manifestò colligitur, hæc est: Quod naturaliter liceat & concessum sit contrahentibus se circumvenire & se invicem circumscribere, non quolibet modo aut qualibet in re; sed, ut sunt verba dictarum legum, in Pretio emptionis, & venditionis, item in Mercede locationis & conductionis; nempe ut quis quod pluris sit, minoris emat, vel conducat; & contra, quod minoris sit, pluris vendat vel alteri locet. Hæc, inquam, circumventio, & hæc circumscriptio, contrahentibus est concessa; quæ tamen non est fraus vel deceptio, vel dolus; sed est industria, & solertia atque vigilantia, in rebus suis & commodis, absque alterius incommodo & detrimento augendis & amplificandis; estque concessa ac licita *naturaliter*, hoc est Iure Gentium, ut Gothofredus interpretatur. Possumus etiam *naturaliter* accipere, pro non repugnante æquitati naturali; cum unicuique liceat sua augere commoda, suam rem benè gerere, sibi vigilare, suam conditionem facere meliorem, absq; alterius injuriâ; vel denique *naturaliter* interpretari licet, cum Cujacio *ad libr.* 34. *Pauli ad edict.* de natura horum contractuum emptionis & locationis. Natura illa est: quod pretium rei non est uniusmodi & semper certum, quasi in puncto mathematico positum; sed est varium & instabile, pro temporum diversitate, pro regionibus, pro copia, vel paucitate rerum, denique pro cujusque necessitate, vel parva, vel magna, vel nulla. (unde est illud vetus: *Asse carum est, quod non est utile vel necessarium*: & præceptum œconomicum huc pertinet:

Non

Non Emas, quod non opus est, sed quod necesse est.) Sic & in locatione & conductione, (quę iisdem penè regulis Iuris cum emptione & venditione consistere, eique proxima esse dicitur *initio tit. Instit. de locat. & conduct. l. 2. D. locati.*) mensura mercedis sive locarii est, usus & utilitas rei: quæ mensura cum variet multis modis; nihil mirum est, si ipsa quoque mercedis quantitas non sit uniusmodi, sed varia & inconstans: quoad definiatur & determinetur certaque fiat conventione contrahentium. Sed & hoc pertinet ad naturam horum contractuum, quod diversum sit votum emptoris & venditoris; nec non votum locatoris & conductoris: sicut de emptore & venditore eleganter explicat *l. 8. Codic. de rescind. vendit.* quæ omnia etiam ad locatorem & conductorem pulchrè accommodari possunt. Venditor hoc animo & voto contrahendum accedit, ut quam potest maximo pretio & carissimè vendat: quod quidem ipsi minimè vertendum est vitio: cùm nemo prohibeatur conditionem suam facere meliorem absque alterius injuria: & cùm lucri causa soleant homines contrahere *arg. l. 25. Actionum. §. 1. de obligat. & act.* in verbis: *ex contractu actio est quoties quis sui lucri causa cum alio contrahit.* Iure autem suo qui utitur, is nemini facit injuriam. Contrà, Emptor hoc animo & voto prædictus est, ut cupiat quàm minimo rem comparare. Quam in sententiam multa habet Seneca *in libb. de beneficiis*, maximè *lib. 6. cap.* 38. & Terentius eôdem allusit, cùm ait *in Eunucho*; *Emas quàm potes minimo, si parvo non potes, at quanti queas.* Vt autem ex hac discrepantia & diversitate votorum & voluntatum uterque contrahentium tandem in unum conveniat, longo sæpè tractatu opus est: in quo emptor quidem aliquid offert ad licitationem sive indicationem venditoris: venditor autem de priore summa quam initio nominaverat, aliquid remittit, quasi descendens: emptor priori summæ aliquid adjicit: venditor rursum aliquid remittit: quousque tandem in unum consentiant, certum ac definitum pretium: ut & *d. l. 8.* hunc tractatum eleganter describit & comprobat communis vitæ experientia quotidiana, in rerum maximè immobilium & pretiosarum emptione & venditione: nec minùs etiam in locatione & conductione rerum. Ad hunc ergo modum utrinque definitâ quantitate vel pretii vel mercedis, contractus est perfectus, & ita quidem ut amplius ab eo resilire, alteruter non possit invito altero. Excipitur duntaxat nimia defraudatio: h. e. nisi quis deceptus sit ac læsus ultra dimidium justi pretii, ut est comprehensum in illa nobilissima *l. 2. Rem majoris. C. de rescind. vend.* Ad quam latissimi extant Doctorum Commentarii, & maximè Arii Pinelli. Tunc enim potest peti rescissio contractus: quâ petitâ, est in arbitrio Rei, utrum velit rem restituere, an verò id quod alteri abest, usque ad dimidium justi pretii suplere, *d. l. 2.* Ex quibus omnibus satis apparet, dictis legibus minimè probari, vel à Iurisconsultis admitti dolum malum in Contractibus.

His ita in genere expositis, deinceps ad speciem descendamus, hoc est, videamus de singulis contractibus bonæ fidei: primùm quidem in h. l. enumeratis: deinde etiam de aliis hîc prætermissis: quid in unoquoque illorum præstandum sit.

CAPUT TERTIUM.

DE DEPOSITO.

REGULA est *Contractus depositi dolum tantùm recipit*: hoc est, ex natura depositi est, ut in eo præter dolum nihil præstetur, (sub dolo autem etiam lata culpa in contractibus venit & comprehenditur, ut & suprà admonui,) sive depositarius, hoc est, is apud quem res aliqua deponitur, ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit. Extat hæc Regula non solùm hîc, sed etiam *in l. 5. si ut certo. §. nunc videndum. ff. supra commodati.* & *in l. 1. §. 8. si vestimenta. & §. ult. ff. depositi.* & *in l. 1. Cod. eod. tit.* & *l. 1. §. Is quoq;. digest. de obligationibus & actionibus.* & *§. præterea. Inst. quib. mod. re contrah. obligat.* Congruit etiam Modestinus, qui ad hunc modum scribit *in fragmentis ex libr. 2. Differentiarum. in libello, qui inscribitur* LEX DEI, *Qui depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est.* Intellige de culpa levi, ut suprà dictum. Nam de lata culpa certè tenetur. *l. 32. Quod Nerva. ff. Depositi.* & *d. l. 1. C. eod.* & *d. §. Is quoque. in fin. Institut. quib. mod. re contrah. oblig.* Ratio autem hujus regulæ redditur illa: Quia in deposito nulla versatur utilitas ejus apud quem deponitur: sed illius duntaxat, qui rem apud alterum deponit, & ipsius fidei committit, atque commendat: Vnde etiam *commendatum* interdum usurpatur pro deposito: ut *in l. 6. Is penes quem.* & *l. 9. Cum hereditas. C. Depositi.* Nam *commendare* nihil aliud est quàm deponere, ut ait Vlpianus *in l. 186. de verb. sign.* Sed interdum reperias *commendatum* depravari à librariis, & perperam mutari in *commodatum*: quæ duo plurimùm differunt. Nam *commodatum* fit & conceditur ad usum; unde etiam sæpè *utendum datum* solet appellari: sed *commendatum*, (id est, depositum) non debet in suos usus convertere is, cui res commendata, sive apud quem deposita est. Exemplum talis depravationis sive permutationis, geminum extat *in d. fragmento Modestini*, quod ibi etiam annotavit Petrus Pithœus. Et aliud est *in l. ult. C. commodati*, quod etiam observavit Cujacius. Nam pro eo quod vulgò legitur: *prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur*: corrigendum monet, *restitutio commendati*: ut hæc sit sententia, Repetenti restitutionem depositi non posse objici compensationem. *l. pen. C. Depositi*, & *l. ult. prope finem. C. de compensat.* Atque ita potiùs sub *tit. depositi*, ea lex fuisset ponenda, quàm sub *tit. commodat.* à quo putat Cujacius eam esse alienam & fugitivam. Tametsi non ignorem, Ioan. Oldendorpium *class. 4. actione 15.* defendere vulgatam lectionem; quam ita accipit quasi loquatur de alio debito non pertinente ad rem commodatam. Sed hæc obiter, nec tamen ut puto inutiliter, de verbo *commendandi*, in significatione depositi. Nunc ad rationem Regulæ revertamur. Ea extat *in d. l. 5. ff. commod.* & *in l. 108. si servus legatus. §. Cum quid. ff. de legat. 1.* & apud Modest. *in d. l. ex lib. 2. diff.* Ex quibus locis sumitur hæc, quæ etiam generalior est, regula: In quocunq; contractu bonæ fidei, unius contrahentium solius commodum versatur, in

eo con-

eo contractu hoc servatur, ut dolus malus tantummodò præstetur. Hinc majori propositioni jam addatur minor: Atqui in deposito versatur tantùm unius commodum, nempè illius qui deposuit; depositarii verò nullum. Illius enim interest, rem suam in tuto apud amicum esse collocatam: Hujus verò non interest, neque inde ditior fit. Ergo in deposito, qui ex eo contractu convenitur, dolum duntaxat præstare debet. Nam si quid ultra dolum præstare cogeretur, tùm verò nimis gravaretur ob eam rem, ex qua nulla utilitas ad ipsum redit: quod ab æquitate alienum Legislatores existimarunt. Ex iisdem locis sumitur & altera Regula generalior: In quocunque contractu bonæ fidei, utriusq; contrahentis commodum versatur, in eo hoc servatur, ut non solùm dolus malus, sed etiam culpa præstetur. Cujus ratio est, quia hunc ad quem ex contractu redit utilitas non minùs quàm ad alterum etiam ad quiddam amplius obligari & teneri æquum est. Sed de hac Regula infrà pleniùs dicemus. Accedit ad priorem rationem etiam altera, *in d.l.1.§.Is quoq. ff. de obl. & act.* quæ etiam ab Imper. *in §. præterea. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, idest, apud talem deponit, non ei, sed suæ facilitati imputare, & de se queri debet. Sed hæc tamen ratio non tàm est apta, nec tàm benè stringit aut unget, ut prior. Nam & de eo qui parùm diligentem socium sibi assumpsit, similiter dici solet, ipsum de se queri, & sibi imputare debere: & tamen in societate non tantùm dolus, sed etiam culpa præstatur. *§. ultim. Instit. de societate*, & *l.52. cum duob. §.2. utrum*, & *l.72. socius socio. ff. pro socio.* Quanquam hac de re olim dubitatum fuisse ex istis locis apparet: quibusdam existimantibus, in societate quoque dolum duntaxat præstandum esse: propter rationem modò dictam.

Porrò quomodo & quatenus de dolo teneantur heredes depositarii vel non, videatur *in l. 9. l. depositi.* & *l.seq.* cum *l. 22. si duo heredes. ff. depositi.* item in *l. 8. si is qui. C. eod. tit.* Summa hæc est: ex dolo defuncti depositarii non tenentur heredes, nisi quatenus ad eos pervenit: ex suo autem & proprio tenentur, & quidem in solidum. Videatur hac de re etiam Oldendorpius *in class. tit. de Act. depositi.* Quomodo item depositi agant plures hæredes deponentis, videatur. *in l. 1. §. 36. si pecunia. & §. apud Iulianum. ff. depositi.*

Quæritur hoc loco, quid si Depositarius rem apud se depositam porrò alteri dederit servandam, & posterior depositarius solus, non etiam prior, dolo quid fecerit circa rem depositam, aut latam culpam admiserit? Hac de re est *lex 16. si is apud quem. ff. depositi:* quæ sic breviter est explicanda: Qui primus rem deposuit, is nullam actionem habet adversus eum, cui secundò res commendata est à priore depositario. Nihil enim cum eo contraxit. videbatur etiam agere non posse contra priorem depositarium, cui ipse rem servandam dedit, quia is apud alium porrò deponendo, nullum commisit dolum, neque latam culpam. Hoc autem solo nomine depositarius tenetur, ut suprà dictum. Veruntamen quia iniquum esset eum, qui primus rem deposuit, non habere actionem ad rei restitutionem (hoc enim potissimum agitur judicio depositi, ut res restituatur) hoc inventum est remedium, ut agat ille quidem depositi adversus priorem depositarium, cum quo ipse contraxit: sed tamen hic liberetur præstanda actione sua depositi, quam habet

habet contra posteriorem. Quomodo etiam aliâs præstita actione sive cessione quis liberatur: ut est exemplum *sub hoc ipso tit. depositi, in l.* 1. §. 11. *si te rogavero.* Dixi, primum deponentem nullam habere actionem adversus secundum depositarium, apud quem prior depositarius rem porrò deposuit. Sed hoc intelligi volo primùm de actione directa depositi: quæ non datur primo deponenti, nisi cessa ei fuerit à secundo deponente. Interim tamen non nego, utilem actionem ipsi dari etiam sine cessione: sicut eam dat Paulus *lib.* 2. *sentent. tit.* 12. *de deposito.* Deinde quod dixi, nullam actionem ipsum habere, qui primò deposuit adversus secundum depositarium: hoc intelligi debet, de personali actione, quæ scilicet ex contractu depositi descendit, qui contractus hîc deficit. Interim tamen non nego, posse eum contra secundum depositarium, apud quem res extat, instituta Rei vindicatione eam repetere ab ipso, si nimirum actor sit Dominus, idque probare possit: Sed si vel non extet res, vel non possit primus deponens probare dominium, (cujus sæpè est difficilis probatio, ut taceam quod etiam res alieni Iuris & non tantum deponentis propria deponi possit, teste Paulo *d. loc. in sent.*) tunc nullam neque in personam, (videlicet directam,) neque in rem actionem habere poterit contra secundum depositarium. Quod autem dixi de rei vindicatione, si res extet, hæc sententia optimè probatur *per l.* 8. *si is qui depositam. C. depositi.* Atque hæc de nobili illâ lege Aphricani, continente casum quotidianum, sic dicta jungi velim ad explicationem Cujacii, *tract.* 7. *ad Africanum.*

Hactenus de REGULA: quæ etiam probatur ultra superiora loca per Paulum *lib.* 2. *sent. tit. de deposito*, ubi ait: *Ob res depositas dolus tantùm præstari solet.* Probatur item per unam & alteram constitutionem Imperatorum, relatam *in libello, cujus tit. est* LEX DEI, *tit.* 10. Dictum est etiam de Rationibus hujus Regulæ. Proximum nunc est, ut adjungamus quasdam EXCEPTIONES, quibus regula superior vitiatur & officium suum perdit. Non enim id quod diximus, est perpetuum, ut depositarius ultra dolum nihil necesse habeat præstare,

PRIMA igitur Exceptio est: si non aliud specialiter convenit. *l.* 1. §. 35. *sæpè evenit.* in verb. *si hoc nominatim convenit. ff. depositi.* & *l.* 1. *C. eod. tit.* & *l.* 5. §. 2. in verbis: *aut si hoc ab initio convenit. ff. commodati* Denique in constitut. Impp. quæ extat *d. tit.* 10. *in libello*, LEX DEI *incipiente, Is qui depositum suscepit*, hoc est, nisi inter deponentem & depositarium intervenerit pactum, ut depositarius aliquid amplius præstaret ultra dolum & latam culpam: puta levem: aut etiam levissimam culpam: immò etiam casum fortuitum sive periculum ab incursu latronum aut prædonum, item ab incendio vel aliunde impendens vel contingens. Ratio exceptionis est apud Vlpianum *in l.* 1. §. 6. *si convenit. ff. depositi*: quia contractus legem ex conventione accipiunt. Cui congruit quod *in h. nostra l.* idem Vlpianus dicit: *quod initio convenit legem contractui dedit.* Idemque etiam in Regulas Iuris Pontificii est relatum: ubi ait Bonifacius VIII. *Contractus ex conventione legem accipere dignoscuntur, cap.* 85. *contractus*, *de Reg. jur. in sexto.* Quibus omnibus in locis *legem* ita intelligere debemus, ut significet conditionem sive formam: quomodo alibi Vlpianus scribit, contrahentes dare formam contractui in stipulationibus conventionalibus. *l.* 52. *in conventionalib. ff. de verb. oblig.* ubi mox eodem

modo

modo & significatu verbo Legis utitur, dicens: *Prætoriæ stipulationes legem accipiunt de mente Prætoris, qui eas proposuit*: hoc est, Prætor informat prætorias stipulationes. Informare actionem, & legem dare contractui, pro eodem usurpat idem Vlpianus *in l. 7. Iuris gentium. §. quin imò. ff. de pactis.* Idem quoque valet quod dicitur, pacta conventa inesse judiciis sive actionibus. *dict. l. 7. §. quin imò. ff. de pactis. & l. 40. lecta. ff. de reb. creditis.* aliisque in locis maximè *in l. 72. pacta conventa. ff. de contrahenda emptione.* ubi Papinianus ait, etiam illa contineri contractu. Idemque Papinianus *in l. 24. Lucius Titius in f. ff. depositi*, ait: *Lex contractus servabitur.*

Si quis porrò & ulterius quærat, Quare conventio legem det contractui? sive Quare pacta conventa insint contractui, & actioni ex eo seu judicio? Quare denique forment actionem? Respondebimus, quia legislatores æquum esse arbitrati sunt, ut ea libertas paciscendi arbitrio contrahentium relinqueretur: & quia scienti ac volenti non fit injuria, neque dolus: sibi enim imputare debet; qui cùm alioqui teneretur de dolo duntaxat, ex deposito quod recepit; passus est, sese obligari in conditionem duriorem: v.g. ut etiam de culpa, & de periculo interitus, vel deteriorationis, deponenti teneretur. Hinc fit, ut tametsi usuræ in deposito regulariter non præstentur à depositario ante moram restitutionis, sed tantùm post moram vel usum rei depositariæ: *arg. l. 25. die sponsaliorum. §. 1. ff. depositi. & l. 2. 3. & 4. Cod. eod.* tamen depositarius possit pacto se obligare etiam ad usuras ante moram præstandas: quæ res egreditur notissimos terminos depositi. *l. 24. Lucius Titius. ff. depositi.* Atque hæc de prima exceptione: quæ quidem communis est omnium contractuum; ut infrà intelligetur, cum dicetur de vi pactorum in contractibus, quæ longè maxima est.

ALTERA Exceptio est, nisi quis deposito se obtulerit. Tunc enim periculo depositi eatenus se illigabit, ut non solùm dolum, sed & culpam (nempe levem) & custodiam præstet; securus tamen de casibus fortuitis. *l. 1. §. 35. sæpè evenit. ff. depositi.* Ratio istius exceptionis, ne quis eam fortè ut absurdam & iniquam miretur, hæc mihi esse videtur: quia qui operam suam alteri offert, in re suscipienda, is non solùm ipso facto plus alteri de se polliceri videtur, quàm cujus fidem deponens elegit: sed etiam offerendo se, obstat deponenti, quò minùs arbitratu suo alium quempiam eligat, cui rem suam committat servandam. *arg. l. 17. in commodato. §. sicut autem. vers. ut accidit. ff. commodati. & arg. l. 6. si pupilli. §. ult. digest. de negotiis gestis.*

TERTIA est exceptio *in l. 5. §. 2. ff. commodati*: Nisi fortè & merces accesserit: hoc est, nisi deponens depositario mercedis loco aliquid dederit. Videtur autem hæc exceptio per aliquam constitutionem Imperialem introducta esse: quod colligo ex istis verbis Vlpiani *in d. l. 5. ut est constitutum.* Sic enim solent ICti loqui de Iure aliquo per constitutionem Principum introducto. Ratio hujus exceptionis esse potest, quia hoc casu ex mercede aliqua redit utilitas ad depositarium: qui proinde meritò arctius etiam obligari debet, quàm alius qui nihil commodi ex re deposita percipit. Dicet aliquis? Atqui interveniente mercede incipit esse locatio conductio. *l. 1. §. 8. si vestimenta & §. seq. ff. depositi.* Nam ubicunq; intervenit

opera ab una parte, & merces ab altera, ibi & contractus locationis. *initio tit. Inst. de locat. & conduct.* Non igitur amplius est contractus depositi. Nam depositum est gratuitum, sicut & commodatum & mandatum. *l.17. in commodato. §. sicut. ff. commodati.* & §. *item is cui res. in f. Instit. quibus mod. re contr. l. ult. ff. depositi*: usque adeò, ut turpiter quis accipiat, quod ob rem depositam sibi dari postulat aliàs non restituturus: & ut condictione ob turpem causam hoc nomine teneatur. Ergo hæc Exceptio videtur esse aliena atque impertinens. Respondeo: Mercedem *in dict. l.5.* non propriè, sed abusivè accipi, videlicet pro honorario aliquo ad compensandam sive remunerandam amici operam, qui rem servandam suscepit: quomodo etiam in mandato potest intervenire pecunia remunerandi causa, non tanquam merces, sed tanquam honorarium, sive honor, sive salarium, ut appellatur *in l.1. in fine, & in l.17. salarium. C. mandati.* salvo tamen interim manente contractu mandati: cujus item natura debet esse gratuita: adeò ut nisi gratuitum sit mandatum, nullum sit. *l.1.§. ult. & l.6. si remunerandi. in pr. ff. mandati.* Contrarium enim est officio merces, ut ait Paulus.

His & QUARTAM exceptionem addimus. Si culpa & mora casum fortuitum præcesserit, sive interitum fatalem: v. g. si quis rem apud se depositam peregrè secum portans in latrones inciderit. Tunc enim depositarius tenetur de interitu rei: Et est hoc generale in omnibus contractibus, ut infrà de casibus fortuitis dicetur. Atque has Quatuor exceptiones etiam Gregorius IX. Pontifex ex Iure civili compilatas in unum congessit locum, *cap. ult. ext. de deposito.*

Ibidem Glossa etiam QUINTAM exceptionem rectissimè addit: Nisi causâ depositarii, vel in favorem ejus, res penes ipsum sit deposita. *l. 1. §. si pecuniam. ff. depositi* & *l. 4. si quis in princ. ff. si certum petatur.* Etsi enim regulariter depositum fit deponentis causâ: ejusque solius utilitatem respicit; non etiam depositarii, cujus merum est onus: aliquando tamen contingit, ut etiam depositarii causâ fiat, & ad ipsius utilitatem pertineat: quemadmodum & commodatum regulariter quidem & ut plurimùm conceditur in gratiam commodatarii, non verò commodantis: Interdum tamen hujus etiam causâ vel etiam utriusque, fieri potest: de quo infra. Eo igitur casu, quando sic ad utilitatem depositarii res penes eum deponitur, periculo est ejus qui suscepit. *d. l. 4. ff. si certum petatur.* v. g. cupiebam emere prædia, & ad eam rem desiderabam pecuniam mutuam, nec tamen volebam eam suscipere antequam emissem. Tu pecuniam quidem habebas ad manum, sed non etiam animum fœnerandi, nec causam fœnerandi. Veruntamen quia peregrè tibi erat abeundum deponis apud me illam pecuniam ea lege, ut tunc demum crediti nomine sive ex causâ mutui tibi obliger, si prædia comparassem. Hic respondet Vlpianus *in d. l. 4.* hoc depositum pertinere ad periculum ejus, qui pecuniam suscepit: hoc est, si pecunia perierit, perituram depositario, non deponenti. Ratio est, quia hoc depositum induit quodammodò naturam mutui: quæ hæc est, ut res sit periculo accipientis debitoris: qui interitu pecuniæ non liberatur ab obligatione sive ære alieno. *l. 11. Incendium. Cod. si certum petatur.* Non enim debuit

certam

certam aliquam speciem pecuniæ sive illa ipsa corpora nummorum, quæ perierunt; sed genus; v.gr. Centum aureos quoscunque. Genus autem, sive id quod in genere debetur, non potest perire, ut probat Accursius *in gl. ad d. l.* 11. Addit Vlpianus aliam quoque rationem *in d. l.* 4. ductam à simili, videlicet eo qui rem, puta lancem argenteam, vel massam auri, accepit vendendam, ea lege, ut pretio inde redacto uteretur. Hic quoque rem suo periculo habebit: hoc est, si res, puta lanx vel massa, forte pereat, peribit ei qui sic accepit, non illi qui dedit. *l.* 11. *Rogasti. in fin. princ. ff. si certum petatur. l.* 1. *ff. de æstimat. act.*

SEXTA exceptio est: Nisi utriusque gratiâ facta sit depositio. Tunc enim præter dolum etiam culpa præstatur. Addit hanc exceptionem Anton. Contius *ex l.* 5. *si ut certo.* §. *nunc videndum. ver. sed ubi utriusque utilitas vertitur. ff. commodati.* Facit hoc utilitas utriusque partis communis.

SEPTIMA exceptio est; (quæ sumitur ex *l.* 24. *Lucius Titius. ff. depositi.*) Nisi depositum consistat in pecunia numerata, sive in nummis; & depositario permissum fuerit à deponente, ut nummis uteretur, & usuras præstaret. Sed hoc quoque depositum propiùs accedit ad naturam Mutui, perinde ut illud, de quo suprà dixi, *sub Quinta exceptione, ex l.* 4. *ff. si certum petatur.* Quid quod & Paulus fatetur, hoc magis videri mutuum, quàm depositum; & per hoc forè periculo accipientis. *lib.* 2. *sentent. tit.* 12. §. *si pecunia.* Similis casus est tum *in l.* 26. *Publia.* §. 1. *ff. depositi*; ubi ait Paulus, hunc contractum excedere modum depositi: tum etiam *in l.* 19. *si sacculum.* §. 1. tum denique. *in l.* 25. *Die sponsaliorum.* §. 1. *ff. depositi.* ubi item pecunia apud aliquem deponitur non obsignata, duplici hac addita conditione: primùm, ut liceret depositario eâ uti. Secundò, ut redderet non idem, sed tantundem; v. g. non eosdem centum aureos, quos accepit; sed in genere centum aureos. Utrumque est alienum à communi natura depositi. Nam primò regulariter ipsa res deposita restitui debet ei qui deposuit, non alia: & quidem illa ipsa non deterior: nam si deterior restituatur, restituta non videtur. Tertiò, regulariter depositario non licet re deposita uti, invito deponente: adeò ut furti agi possit, non tantùm depositi, cum eo qui sacculum pecuniæ obsignatum apud se depositum resignaverit, & pecuniâ usus fuerit. *l.* 29. *si saculum. in princ. ff. depositi. Paulus lib.* 2. *sent. tit.* 12. Sed hæc quodammodò referri possunt ad primam exceptionem nostram: quæ videlicet erat de pactis deposito adjectis.

VLTIMA est exceptio; Si depositarius passus est litem secum contestari, nec statim reddidit depositum, cum posset reddere. Iam enim res deposita incipiet esse periculo depositarii, ut is teneatur de eo, quod culpâ ipsius contigerit. *l.* 12. *si in Asia.* §. *ultim.* & *l.* 14. *si plures heredes. Depositi.* tametsi hic etiam dolo non carere videatur, qui rem apud se depositam repetenti restituere recusat; cum depositum ante omnia sit restituendum sine ulla tergiversatione aut exceptione, remota etiam compensatione, ut suprà dixi: & cùm possit is qui deposuit, quandocunque voluerit rem repetere, etiamsi initiò fortè dixerit, se ante certum tempus nolle repetere, potest enim mutare voluntatem. *l.* 1. §. 45. *si deposuero. ff. depositi.* cum nihil intersit depositarii.

Extra hos igitur casus certa manet regula: Depositarium de dolo duntaxat teneri. Quod præter superiorum testimonia legum ulterius quoque probo per *l. 16. qui furtum. in fin. digest. de condict. furt.* & ajo sic intelligendum esse, ut dolus semel admissus perpetuetur. *l. 1. §. 25. si rem. ff. deposit.* Paulus *d. lib. 2. sentent. tit. 12. §. penult.* Exempli causa, Rem à me depositam penes te, vendidisti: atque ita dolum commisisti circa depositum: ex quo mihi teneri cœpisti: posteà eandem rem ab emptore redemisti & perdidisti, sed sine dolo. Quæritur, utrùm adhuc depositi actone mihi tenearis? Videbaris non teneri, quia sine dolo rem admisisti. Iam verò qui rem depositam sine dolo malo amisit, depositi non tenetur: immò ne quidem cavere cogitur de re reddenda, si eam deprehenderit, sive recuperaverit, *l. 20. si sine dolo malo. ff. depositi.* Contrarium tamen respondetur ab Vlpiano, & Paulo *dd. in locis*: quia scilicet dolus semel commissus perpetuatur. Cui simile est, quod alibi dicitur, *fur semper moram facere videtur. l. 8. in re furtiva. §. in f. & l. ult. ff. de condict. furt.*

Videamus nunc unam atque alteram OBIECTIONEM, quòd depositarius non tantùm de dolo, sed amplius teneri videatur. Prima hæc est: de substantia depositi est, quod depositarius debeat custodiam, hoc est, factum & sollicitudinem sive curam aliquam. Definitur ergo depositum quod custodiendum alicui datum est: & præpositio DE auget depositum; ut significet, cum maxima custodiæ obtestatione alicui commendatum esse & totum quod ad custodiam rei pertinet, fidei ipsius commissum: unde & Germani depositum eleganter vocant Getrewes Hand Güter. Videatur Vlpianus *in l. 1. in pr. ff. depositi.* Hinc ergò videbatur inferendum, quòd depositarius non tantùm dolum, sed & custodiam, curam atque diligentiam ex naturâ contractus præstare debeat. Respondeo: depositarium obligari quidem ad aliquam diligentiam in re servanda: sed ea diligentia ex natura hujus contractus non exigitur major, quàm solet quis in suis rebus exhibere. Satis est, si parem adhibeat curam rebus alienis & suis; minorem salva fide alienis præstare non potest diligentiam, quàm suis & propriis. *l. 32. Quod Nerva. ff. depositi.* v. g. Si rem penes se depositam negligenter in scamno jacere sinat, cum suas res diligenter in arcâ includeret, fraude non caret: quo exemplo utitur glossator Iuris Canonici *in d. cap. 2. extr. de Deposito.*

Altera objectio sumitur ex B. Cypriano *libr. de singularitate clericorum*: qui ait, oportere eum damno perstringi vel dispendio sarcinarum, apud quem sub intuta custodia fratris sarcinæ perierunt: quia quidquid in domo nostra sub minùs idonea tutela perditum fuerit, aut latrones effregerint, nostrum est, & à nobis exigitur, quidquid per inertiam nostram malè commissum est, &c. Ecce, hîc etiam casus fortuitus & vis major præstandus dicitur in deposito. Respondeo: Cyprianum loqui disertè de interitu rei, quem lata culpa præcessit: sive cui, ut accideret, occasionem præbuit depositarius per suam inertiã, sive intutam custodiam, sive tutelam minùs idoneam, ut verba ipsius sonant. Quæ quidem omnia planè consentanea sunt Iuri civili: ut apparet ex illis, quæ suprà dixi *in quarta exceptione.*

Etiam

Etiamsi quoque Cyprianus fortè sensisset de culpa levi, tamen diceremus sententiam ab ipso de Clericis singulariter prolatam, non ob id producendam esse ad quosuis homines, etiam laicos. Neque enim obscurum est, multo majorem in clericis requiri perfectionem, quàm in laicis. De clericis autem in eo tractatu agi, indicio est ipse titulus libri, ad quem subinde respiciendum esse monet Plinius *in epistolis*.

Dictum est hucusque ad quid teneatur depositarius, nempè ad dolum duntaxat, & ad latam culpam. Quæritur jam quid præstet contrà deponens. Respondeo: is qui rem deposuit præstabit depositario non modò dolum & latam culpam, sed & levem & levissimam. Sumitur hoc ex *l. 61. si servus communis. §. 5. quod vero ad mandati. ff. de furtis.* Ratio est, quia depositum, ut supra dictum, fit ad utilitatem deponentis; non autem depositarii. Huic autem beneficium sive officium suum non debet esse damnosum. *d. l. 61. & l. 7. ff. testament. quemad. aper.* Esset autem damnosum, si damnum quod occasione rei depositæ, tametsi non dolo, sed culpa deponentis, aliqua acceperit, ipsi non resarciretur per deponentem. Vt ecce; servum mihi dedisti servandum, sive apud me deposuisti, sive commendasti eum mihi: & inter deponendum me non præmonuisti, eum solere esse sagacem, ut proinde non multum ipsi fidam, sed res meas ab ipso diligenter custodiam atque occludam. Servus ille cùm apud me esset in causa depositi furtum mihi fecit, vel etiam aliud quid damni dedit. Hìc agam profectò tecum de illo damno mihi per te emendando; sive petam abs te, ut me indemnem præstes: tùm quia contractus factus est tua causa, non mei commodi gratia, neque ad meam utilitatem: tùm quia officium meum, quod tibi præstiti, in re tua servanda, non debet mihi esse damnosum: tùm denique quia diligentior esse debuisti circa monendum, qualem apud me deponeres servum: quod cum omiseris, culpa tua tibi damnosa esse debet, non mihi. *d. l. 61. §. 5. digest. de furtis.* junctâ *l. 31. si servus pignori. ff. de pignor. act.* utraque lex est Africani ex eodem *libr.* 8. *quæst.* & videatur de utraque Cujacius *tract.* 8. Observanda est tamen insignis limitatio, quæ additur *in d. l. 61. §. 7. hæc ita*: nempe si nulla depositarii quoque culpa intercedat, puta, quia is servo apud se deposito ultrò commiserit custodiam nummorum vel argenti, quod nunquam facturus fuerat is qui deposuit eum. hìc enim culpa meritò compensabitur ab utraque parte, neque depositarius ullum habebit regressum contra deponentem: sed damnum quod sua culpa sensit, sibi debet imputare, cum id sentire non videatur. ut est *in reg. damnum. in Reg. Iur. in 6. cum similibus.*

Ad extremum restat, ut de Actionibus quoque pauca attingamus; cum parum sit jus nosse, nisi modum quoque cognitum habeamus juris nostri persequendi, quod fit per actiones. Itaque hìc primò notandum est: Ex contractu depositi, duas oriri & dari actiones: quarum una vocatur *actio depositi directa*; altera *actio depositi contraria*. Prior datur ei, qui rem deposuit, ejusque heredibus, bonorum possessoribus, ceterisque successionibus, contra depositarium ejusque heredes. *l. 1. §. 19. hæc actio. & l. 7. l. 9. & l. 10. l. 14. si plures. ff. depositi*: Et datur principa-

liter ad rem restituendam quandocunq; voluerit is qui deposuit: & rem quidem non deterioratam. quod enim deterioratum redditur id non videtur reddi. *l.* 1. §. 16. *si res deposita & §. 22. est autem. digest. dict. tit. depositi.* Datur etiam ad omne id quod dolo vel lata culpa depositarius fecerit circa rem depositam, secundum supra dicta: item ad id quanti actor in litem juraverit. Nam sicut in omnibus actionibus bonæ fidei in litem jurari potest. *l.* 3. *& l.* 5. ubi Duarenus. *ff. de in litem jurando*: ita etiam in hac depositi actione directa. *l.* 1. §. 26. *In depositi. digest. dict. tit.* Item ad usuras ex mora; quod etiam est commune cum actionibus bonæ fidei quibusvis. *l.* 32. *ff. usuris, cum similibus*: vel propter usum rei volente eo qui deposuit concessum depositario, ut supra dictum, ex *l.* 24. *l.* 25. §. 1. *l.* 26. §. 1. *l.* 28. *l.* 29. §. 1. *digest. depositi.* Item ad ea quæ pactis sunt comprehensa ut præstentur; cùm pacta formarint actionem, ut etiam supra dixi *in prima exceptione.* Altera actio depositi, videlicet contraria, (quæ & *contrarium judicium* alibi appellatur, ut *in l.* 5. *in princ. ff. d. tit.* item *in l.* 1. *& l.* 6. §. *ult. ff. de his qui notantur infam.* & aliis locis passim.) datur depositario contra eum qui deposuit, ejusque heredes & cæteros successores, inprimis ad indemnitatem consequendam, sive ut nomine rei depositæ præstetur indemnis; hoc est ad recuperandos sumptus, si quos fortè in rem depositam fecit: v.g. pro cibariis servi depositi, vel equi, &c. item si quid damni passus est per rem depositam ejusque occasione. Quò etiam pertinet si servus depositus furtum fecerit depositario, de quo paulò ante dixi ex *l.* 61. *ff. de furtis*, & *l.* 31. *ff. de pignorat. act.*

Inter hæc duo genera actionum, directam & contrariam depositi, memorabilis est differentia: & quidem ferè duplex; quæ sumitur ex *l.* 5. *in princ. ff. depositi.* junctâ *l.* 6. §. *ultim. digest. de his qui notantur infam.* Prima est, Quod directa actio depositi infamat condemnatum: Contraria non infamat. Ratio diversitatis est, quia in directa actione depositi agitur de fide rupta, sive de dolo malo atque perfidia. Dolo enim facit, qui rem alienam domino reposcenti restituere non vult. *l.* 13. *si quis inficiatus. in fine princ. ff. depositi*: neque convenit bonæ fidei abnegare id, quod quis accepit. *l.* 11. *quod servus. in princ. ff. depositi*, sed hæc est bonæ fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit. *l.* 31. *bona fides. digest. depositi.* Alioquin enim futurum esset, ut contractus qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur: contra *l. penultim. Cod. eod. tit.* & contra *cap.* 2. *Extr. de deposito.* Sed in contrario judicio tantùm agitur de indemnitate depositarii, sive agitur ibi de calculo, sumptuum videlicet in depositum factorum: qui calculus ferè judicio dirimi solet, teste Vlpiano *in dict. l.* 5. *in princip. digest. depositi*, & *in dict. l.* 6. §. *ultim. digest. de his qui notant. infam.* non autem de fide rupta, non de perfidia ibi quæstio est.

Altera differentia est, quod is qui directa actione depositi experitur, potest jurare

rare in litem: Is autem qui contrariâ agit, non admittitur ad jusjurandum in litem. *d. l. 5. ff. depositi.* Ratio differentiæ est, quia qui patitur secum agi contrario judicio depositi, nempè ob impendia & sumptus à depositario factos, non est in dolo; neque tanto dignus odio, ut is qui directò convenitur.

Non enim recusat rei alienæ restitutionem, quam detinet: neque eam inficiatur & abnegat; sed de calculo tantùm litigat; eique arbitrum quærit controversiæ decidendæ causa: qua in re nihil peccat, ut proindè non mereatur illam pœnam, ut adversum se in litem juretur: *argument. l. 4. Gracchus, Cod. ad l. Iul. de adulter.* & *l. 22. Sancimus Cod. de pœnis.* Est enim hæc pœna quædam, cum quis cogitur pati, ut actor in litem juret, & rem suam quę ei non restituitur, æstimet in infinitum ultra quàm res valet vero sui pretio. *argum. l. 2.* in verb. *punitur.* & *l. 8. tut.* in verb. *cum & contumacia punienda sit ff. de in litem jurando.* Et hæc quæ dixi de differentia Actionis directæ & contrariæ Depositi, generalia sunt, & pertinent ad actiones etiam ex aliis bonæ fidei contractibus, vel quasi descendentes, ut mandati & tutelæ, item commodati. *d. l. 1. & d. l. 6. §. ult. ff. de his qui notantur infamia:* tantoque diligentiùs observanda sunt, quantò latiùs patet eorum utilitas.

Deinde notandum est, Actionem depositi aliquando dici cum hac adjectione, *actio depositi sequestraria:* ut *in leg. 12. si in Asia. ff. de depositi, & l. 9. §. Labeo ff. de dol. mal.* Quæ res ut intelligatur, sciendum est, triplex in jure inveniri depositum: Unum vulgare & simplex, quod ex voluntate proficiscitur deponentis. Alterum necessarium, sive quod ex necessitate descendit, ut qui rem ereptam incendio, ruinæ, naufragio, tumultui servandam committit cuivis obvio, cum eligendi alium præ aliis non detur spatium. *l. 1. §. 1. & §. meritò. cum seqq. ff. depositi.* Tertium depositi genus est, cum res litigiosa sive in controversiam deducta, apud sequestrem ponitur à duobus vel pluribus, certâ conditione, videlicet, ut victori caussæ reddatur, & interim custodiatur. de hoc agitur *in l. 5. §. 1. & 2.* & *l. seq.* Item *l. 12. si in Asia. §. cum sequestre.* & *l. 17. licet.* & *leg. pen. ff. depositi.* item *in leg. 39 Interesse. ff. de aquir. poss.* ubi distinguitur, qua mente res litigiosa deponatur apud sequestrem, utrùm omittendæ possessionis causa, an tantùm custodiæ causa, & animo retinendæ possessionis. Videatur & *lex. 109. sequester dicitur* & ibi Alciatus, & alii. *ff. de verb. sign.* Item videatur *l. unica Cod. de prohibita sequestrat. pecuniæ:* nec non *tit. Decretal. de sequest. poss. & fruct.* & utrobique post

alios,

alios interpretes Cujacius & Ioan. Göddæus *ad d.t.* Fit quoque Sequestri mentio *in leg. 5. §. 1. D. Vt legat cauſ. cave.* ubi ait Papinianus, utiliter probatum eſſe (in caſu de quo ibi quæritur) virum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem ut ſequeſtrem fructus deponantur. &c.

Quæ autem ſit differentia inter has ſpecies perſpicuum eſt ex *dd. ll.* V. G. primò ſimplex actio depoſiti eſt in ſimplum; ſed ex illis cauſis fortuitis & neceſſariis eſt in duplum. *d. l. 1. §. hæc autem ſeparatio.* & *l. 18. de eo quod tumultus. digeſt. depoſiti.* Ratio differentiæ eſt: quia in his caſibus ob extremam neceſſitatem creſcit perfidiæ crimen, quod gravius quoque vindicari publicè intereſt. Debet enim quiſque potiùs commiſeratione affici erga illos qui talibus ſunt neceſſitatibus oppreſſi, quàm ſua perfidia efficere velle, ut afflictis etiam addatur afflictio. *d. l. 1. §. hæc autem ſeparatio*, ubi cum ait Vlpianus. *Eſt enim inutile in cauſis hujuſmodi fidem frangere.* Obſervanda eſt elegans figura, quæ vocatur μείωσις vel λιτότης. Nam hoc vult intelligi; perniciosiſſimum eſſe, & rem peſſimi exempli. Aliud eſt in eo qui extra tales caſus tantamq; neceſſitatem deponit. Hic enim cùm habuerit facultatem, & ſpacium eligendi fidem certi hominis, meritò, debet ſimplo eſſe contentus. Secundò, in eo differunt hæ duæ ſpecies: quod ſi quis inficietur depoſitum ex cauſa tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, creſcit actio in duplum, ex inficiatione. *§. ſed furti. in verb. & interdum depoſiti. Inſtit. de Action.* De Vulgari autem & ſimplici depoſiti nuſquam hoc lectum eſt, quod etiam ejus actio ob inficiationem duplicetur.

Porrò ſequeſtrarium depoſitum à vulgari ac ſimplici differt in eo: quod prius eſt rei litigioſæ ſive controverſæ; poſterius eſt rei non litigioſæ. Illud fit à duobus vel pluribus: iſtud autem plerumque ab uno, quamvis etiam plures rem deponere poſſint: v. g. inter quos illa eſt communis: ſed ſequeſtrarium non niſi à pluribus deponi poteſt. Præterea ſequeſtrarium, poſſeſſionem rei depoſitæ transfert interdum; ſi videlicet ea fuerit mens deponentium apud ſequeſtrem, ut poſſeſſionem interim omitterent dum lis dirimeretur: ſed in vulgari depoſito neque proprietas neque poſſeſſio in depoſitarium transfertur. Denique ex depoſitione facta apud ſequeſtrem naſcitur ſequeſtraria depoſiti actio, cum hac inquam adjectione dicta: ex ſimplici autem & vulgari datur depoſiti actio abſque tali additamento. Hæ differentiæ extant *in dd. ll. l. 5. l. 6. 12. & 17. digeſt. depoſiti*, juncta *l. 29. ff. de acquir. poſſeſſ.* ubi videatur Giphanius. Quomodo autem differat ſequeſtrarium depoſitum à neceſſario, ſive quod ex cauſis fortuitis fit: manifeſtum eſt ex inſpectione ipſarum rerum: quæ in ſequeſtrario ſunt litigioſæ; in altero autem non quidem litigioſæ, verùm aliis caſibus ac periculis expoſitæ. Atque hæc breviter de tribus depoſiti generibus occaſione ſequeſtrariæ actionis depoſiti dicere debui.

Tandem & hoc admoneo, in hoc loco de Actionibus: Cum actione depoſiti directa ſæpè etiam alias concurrere: v. g. ut eſt actio furti, nempe ſi depoſitarius fuerit uſus re depoſita, eamque contrectarit invito eo qui depoſuit. *l. 29. ſi ſaccum. in princip. ff. depoſiti.* & *l. 3. Cod. eod. tit.* Item ut eſt actio ad exhibendum, & quæ

illam

illam ferè ſequi ſolet rei vindicatio. *leg. penult. ff. d. t.* quod intelligendum eſt eo tantùm caſu, quo is qui depoſuit, rei eſt dominus. Nam huic ſoli datur rei vindicatio: ut eſt *in l. 23. in rem actio. ff. de rei vindic.* Item condictio furtiva: ſed hæc non antè datur quàm ſi dolus fuerit commiſſus à depoſitario *l. 13. ſi quis inficiatus. §. 1. ff. depoſiti. l. 16. qui furtum. ff. de condict. furtiva.* Pòſtremò concurrit etiam cum actione depoſiti nonnunquam injuriarum actio. *l. 1. §. 38. ſi quis tabulas. ff. depoſiti*: v. g. depoſui apud te meum teſtamentum: tu id pluribus præſentibus recitaſti, hoc animo, ut publicares ac divulgares ſecreta meorum judiciorum. Hîc mihi teneris non tantùm depoſiti actione de ipſis tabulis teſtamenti, ſed etiam injuriarum. *d. l. 1. §. 38. ff. depoſiti*, juncta *l. 41. ſi quis teſtamentum in fine ff. ad L. Aquil.* immò etiam falſi accuſatio publica hoc nomine datur: ut *l. 1. §. 6. Is qui depoſita, ff. ad L. Cornel. de falſis.* Puto etiam cum depoſiti actione contraria interdum concurrere actionem noxalem; *argument. l. 61. ff. de furtis*, nempe ſi ſervus depoſitus furtum fecerit depoſitario, vel ſi damnum injuria ipſi dederit: tametſi Africanus ibi hoc videatur velle, quod deponens omnimodò damnum decidere ſive præſtare debeat, & non poſſit liberari etiamſi velit ſervum pro noxæ deditione relinquere. Hæc de concurrentibus actionibus quæ *Adſinia remedia* vocare ſolent Ioan. Oldendorpius & alii.

CAPVT QVARTVM.

DE PRECARIO.

DEpoſito, de quo hactenùs, rectiſſimè ſubjungit Vlpianus *in hac lege* PRECARIUM: idque hac duplici ratione ordinis: primum quia ſicut in depoſito tantum præſtatur dolus ab eo qui id ſuſcepit: ita & in precario is qui id rogavit, de dolo duntaxat tenetur: ut inferiùs explicabitur. Deinde quia ſicut depoſitum repetere licet ei qui depoſuit, quandocunque voluerit, etiamſi forte promiſerit ſe nolle ante certum tempus, vel in vita ſua, id repoſcere. Poteſt enim mutare voluntatem, ut ſuprà dixi: Sic & precarium repetere poteſt pro ſuo arbitrio is qui conceſſit. Nec obſtat *lex. 75. nemo poteſt. inf. h. t.* Negandum eſt enim, quod hæc mutatio conſilii in deponente vel precarium concedente cum ulla injuria alterius ſit con-

juncta. Etenim qui suo jure utitur, nemini facit injuriam. Etsi igitur inter concedentem & rogantem precarium convenit, ut is ad certum tempus, verbi gratia usque Kalend. Iulias, precariò possideret: tamen is qui concessit, etiam elapsum illum terminum potest revocare precarium, & possessionem ei auferre. *l. 12. cum precario. ff. de precario.*

Precarium (ut de verbo priùs agamus exemplo Vlpiani) à precibus dictum esse manifestum est, nec id reticuit Vlpianus *in leg. 1. in princip. & leg. 2. infrà digest. de precario.* Vnde etiam *precariò rogare* sæpissimè *in legibus illius titul.* dicitur. sic & Livius *lib. 3. opem orare precariam* dixit. Sic *verba precaria*, quæ & *precativa*, in Iure appellantur, quorum usus est in relinquendis fideicommissis; ut rogo, volo, mando, peto &c. *leg. 2. Codic. communia de legatis*, & §. *ultim. Institut. de singulis rebus per fid. rel.* quibus opponuntur verba *directa* & *imperativa*; ut jubeo &c. Sic *animam precariam trahere* eleganter dixit Tacitus *libr. 1.* & *vitam precariam*, *libr. 20.* de eo, qui vivit ad nutum alienum, quam diu scilicet ei placuerit ipsum superesse, qui vitam ejus in sua habet potestate Sic Seneca, in libr. de tranquillitat. animi, cap. 11. *Sapiens*, inquit, *se ipsum inter precaria numerat, vivitque ut commodatus sibi, & reposcentibus sine tristitiâ redditurus.* itemque *in libr. de consolat. ad Martiam cap. 11.* hominem esse ait esse spiritus precarii: *& in libr.* significans vitam nobis à naturâ, vel potiùs Deo, utendam esse datam, nullo certo præstituto spacio temporis: sed ea lege, ut quàm primùm is reposcet, qui eam concessit, restituenda sit ac relinquenda, velimus nolimus: quod elegantissimis hisce versibus expressit vetus poëta Pedo Albinovanus *in elegia ad Liviam Augustam, de morte Trusi Neronis, quæ aliàs etiam Ovidio adscribitur.*

Vita data est utenda: data est sine fænore nobis
Mutua; nec certâ persolvenda die.

Nec minus eleganter Cicero *in libr. 1. Tusculan. quæstion.* his verbis: *Pellantur ergo istæ ineptiæ planè aniles: Ante tempus mori, miserum esse. Quod tandem tempus? Naturæné? At ea quidem dedit usuram vitæ, tanquam pecuniæ, nullâ præstitutâ die. Quid est igitur quod querere, si repetit cum vult. Ea enim conditione acceperas.*

Sic *precariam vocis usuram sumere* dixit Apuleius *7. Metamorph.* id est, ad tempus accipere loquendi facultatem precibus concessam vel impetratam. Sic Brutus *in Epistola ad Ciceronem 16.* salutem abs se peti precariam scripsit. Sic denique *honorem precarium* exponit Budæus qui ad nutum sive placitum

tum

tum eius qui concessit alicui potest adimi. Atque hæc de verbo. De aliis verò huic nostro precario cognatis, & à jure Pontificio introductis precariis *inf. ad fin. h. cap.* admonebo.

DEFINIT autem Vlpianus precarium esse liberalitatem quandam cum quid precibus petenti utendum conceditur, tam diu, quam diu patitur is qui concessit. *leg.* 1. *digest. de precario.* Ex quibus verbis intelligitur, precarium in quibusdam rebus convenire cum donatione & commodato: in quibusdam verò etetiam ab iisdem differre.

Conveniunt quidem hæc tria in genere. Nam in his omnibus versatur, quædam liberalitas, & munificentia. De donatione nemo dubitat: & affirmat Iulianus *in leg.* 1. *in princip. digest. de donation.* in verb. *in liberalitatem & munificentiam exerceat.* & §. 1. in verb. *qui liberalitatis gratia aliquid dat.* De commodato quoque idem affirmat Paulus *in l.* 17. *in commodato.* §. *sicut autem. digestor. commodati.* in verb. *qui beneficium tribuit*: item *in fin. ejusdem* §. *ibi, adjuvari nos non decipi beneficio oportet.* Denique de precario, quod sit genus quoddam liberalitatis ex Iure Gentium descendens, testatur Vlpianus *in l.* 1. §. 1. *digestor. de precario.* Item, *in leg.* 2. §. 2. in verb. *liberalitate mea uti*, & Paulus *in leg.* 14. *interdictum. digest. eod. tit.* ait, precarii conditionem spectare magis ad donationes & ad beneficii causam quam ad negotii contracti. Conveniunt Secundò in eo precarium & Commodatum, quod in utroque versatur usus rei alienæ. *l.* 1. §. 1. in verb. *utendum datum.* & *l.* 19. & *l. Ad eos.* in verb. *vasa utenda dedit*, & *l. ultim.* in verb. *quo utereris. digest. commodati. leg.* 1. *in princ.* in verb *utendum conceditur.* & *inf.* in verb. *ut ei uti*, &c. & *in leg.* 15. *digest. de precario.* Dixi, Rei *alienæ* usum versari pariter in commodato, & in precario. Nam qui rem suam utendam rogat, id est, vel commodatò accipit, vel precario rogat ab alio, is neque commodati actione, neque interdicto de precario, aut præscriptis verbis actione tenetur. *leg.* 4. §. *item si rem meam. digest. de precario. leg.* 1. §. *si tibi fundum.* 11. *digest. de itinere actuque privato. l.* 15. *qui rem suam. digest. depositi. l. neque pignus.* 45. *h. tit. nostro. de reg. Iuris.* Est tamen ubi etiam rei suæ precarium consistit: ut ecce, quando debitor, qui pignus dedit, precariò id rogat, ut creditor permittat ipsi hoc retinere. *leg.* 6. §. *ultimo.* & *leg.* 11. *si debitor. digest. de precario. leg.* 33. *non solum.* §. *ultim. digest. de usucap.* Deinde conveniunt etiam in eo, quod utrumque est gratuitum: quod de commodato quidem disertè dicitur *in* §. *item. is cui res. Institut. quibus modis re contr. obligat.* De precario quoque id perspicuum est, ex eo, quod modò dixi, in eo versari meram liberalitatem concedentis. *leg.* 1. *digest. de precario.* Nam, quod vulgò dicitur, *carè emi quod precibus emitur*; id metaphoricè

& proverbialiter dicitur: non autem Iuri nostro convenienter, præthereà in eo conveniunt commodatum & precarium; quod ex neutro transfertur dominium in accipientem. De Commodato id traditur in *leg.* 8. *Rei. cum leg. seq. ff. commod.* de precario idem apparet ex *leg.* 1. 2. 12. 14. 15. *& passim, dict. tit. de precario.* Nam quorsum daretur interdictum de precario adversus eum qui accepit, ut rem restitueret, si proprietas rei esset in eum translata? Postremo conveniunt etiam in rebus. Nam & commodari & precario concedi possunt res tam soli, quàm mobiles: *leg.* 1. §. 1. *digest. commod. leg.* 4. *in princip. digest. de precario.* Immò etiam in iis rebus, quæ in Iure consistunt, ut sunt servitutes, precarium habet locum. *l.* 15. *Et habet.* §. *precario. ff. dict. tit.* Rectè igitur dixit Vlpianus, precarium esse simile commodato. *dict. leg.* 1. §. *ultim. digest. de precario.* simile etiam esse dicitur donationi & beneficio *in leg.* 14. *Eum qui emit.* §. 11. *Is qui precario. ff. de furtis,* & *in leg.* 14. *interdictum. ff. de precario.*

Sed quia nullum simile est idem, videamus quomodo hæc inter se differant. Primum igitur à Donatione differt Precarium: quòd per illam dominium rei in perpetuum transfertur: nempè si donator sit dominus ejus: quæ causa est quare Imperator de donationibus tractaverit inter modos acquirendi dominii Iure Civili, *libr.* 2. *Institut.* Per Precarium verò non transfertur dominium rei; imò ne quidem possessio semper transit in accipientem: sed tantùm usus ejus ad tempus conceditur. Secundò, à commodato, differt precarium multipliciter: ut primò, commodatum fit usus certi ac determinati causâ, nec revocari potest antequam ille fuerit expletus & absolutus. Alioquin importunè repeteretur & cum damno commodatarii, qui non tàm adjuvaretur quam deciperetur beneficio: id quod fieri non oportet. *leg.* 17. *in commodato.* §. 3. *sicut inf. digest. commodati.* Et hîc valet regula juris, *Nemo potest consilium suum mutare in alterius injuriam. l.* 75. *infrà h. tit* Precarium autem neque ad usum certum conceditur: & revocari potest, quandoque voluerit is qui concessit. *l.* 1. *in princip. l.* 2. §. *Et naturalem. l.* 15. *& habet. digest. de precario.* etiamsi quis convenerit cum daret precariò, ne ante certum tempus repeteret. Potest enim mutare voluntatem, & non expectato termino revocare precarium. *d. l.* 2. §. 2. *& l.* 12. *cum precario. in pr. ff. de precario.* Putabat quidem Bartolus *ad l. si pœnam. ff. de verbor. oblig.* & Panormitanus *in cap. ult. extr. de precariis,* eum qui rem precariò concessit, cogi permittere roganti, ut saltem modico tempore precario uti possit. Sed eorum opinionem tanquam Iuri contrariam reprehendit Anton. Contius *ad h. l. nostram p.* 20. Hac igitur in re convenit Precarium cum Deposito: quòd etiam is potest qui deposuit, statim quando vult repetere, ut & suprà dixi. Dicet aliquis; primùm, hoc valdè esse importunum atque incommodum ei qui rogavit precarium, si ipsi res auferatur etiam antequam uti cœperit, vel usum finierit: cumq; precarii conditio spectet ad beneficii causam. *l.* 14. *interdictum. ff. de precario*: beneficio non debere quem decipi, sed potiùs adjuvari. *l.* 17. §. *sicut in f. ff. commodati,* Respondeo:

cum hæc sit natura precarii, quam non ignoravit is qui rogabat, certè non debuit ignorare, sibi imputet, cur non potiùs commodatò sumpserit rem, & ad certum usum, (quod facere longè est consultius) quàm precariò rogaverit ad incertum usum: is verò qui precarium concessit, dum suo jure utitur in re pro suo beneplacito revocanda, nemini facit injuriam. Rursum dices: Atqui is qui postquam convenit, ne precariam rem repeteret ante certum tempus, tamen ante revocat, facit contra pacta conventa, atque ita fallit fidem, quod grave est, & naturali æquitati adversum, & plenum perfidiæ: cum nihil magis congruat fidei humanæ quam custodire ea quæ inter aliquos placuerunt. *l. 1. ff. de pactis. l. 1. ff. de constituta pecunia. l. 20. Non minorem. Codic. de transact. l. 1. §. hæc autem separatio. ff. depositi. §. per traditionem. Instit. de rerum divis. l. 11. ex empto. §. ex empto. digest. de act. empti. Simplicius in Enchiridion Epicteti.* Respondeo: Illas regulas & sententias, earumque similes, de custodienda & adimplenda fide pactorum, veras esse de illis pactis, quæ valida & utilia sunt: non autem de inutilibus. Hæc enim nemo implere cogitur: & si quid contra ea fecerit quis, non potest dici fidem fregisse. Nam quod nullum est, non producit ullum effectum. *arg. l. 5. Non dubium. C. de LL.* & privatio omnis præsupponit habitum. *arg. l. decem. ff. de verb. oblig.* Hoc autem pactum, Ne precarium revocetur ante certum tempus, est inutile & nullum, utpote contra ipsam substantiam & naturam precarii. Non proficit igitur ei qui precarium rogavit, ad exceptionem vel pacti vel doli mali. Paciscens enim nihil egit: cùm scire debuerit, illud pactum esse contrarium naturæ precarii, proindeque nullas habere vires. *d. l. 12. in pr. ff. de precario.* quæ ad hunc modum est explicanda. Hæc de prima & præcipua differentia precarii & commodatarii. Deindè differunt hæc duo in eo; quòd is qui rem commodatò utendam accepit, non possidet rem, sed is qui utendam dedit, possessionem retinet. *l. 8. Rei commodatæ. ff. commodati. l. 9. officium. vers. deniq. ff. de rei vind.* sed qui precariò rem habet, etiam possidet. *l. 4. in rebus. §. 1.* & *l. 15. & habet. §. Eum qui.* & *l. ultim. ff. §. 1. digest. de precario.* Quod etiam apparet ex effectu possessionis. Nam precariò possidens fundum, potest uti interdicto uti possidetis, suamque possessionem defendere ac retinere, & quidem adversus quosvis alios, excepto tantùm illo qui precarium concessit. *l. 17. Qui precariò digest. de precario. leg. 1. §. ultim. digest. uti possidetis.* Ratio differentiæ, cur precariò habenti fundum, detur interdictum uti possidetis conta alios omnes, sed non detur contra eum à quo habet, hæc est; quia precaria possessio adversus alios est justa: habet enim voluntatem concedentis: sed quando velut cornua attollere & insurgere incipit contra ipsum concedentem, qui beneficium contulit, eique se præferri postulat: jam incipit esse injusta ac vitiosa possessio, cùm naturâ æquum sit, alium non diutiùs nostra liberalitate uti, quàm nos velimus. *leg. 2. §. 2.* & *leg. 15. Et habet. digest. de precario.* Accedit huc, quod ut maximè precariò habens, corpore possideat; tamen etiam dominus possessionem retinuit. Nam animo à possessione non discessit. *dict. leg. 15. §. 4. inf. digest. dict. titul.* Et hæc possessio domini qui precarium concessit, meritò potior esse debet alterâ, quam habet ab ipso qui precarium rogavit, *argument. leg. ultim. digest. de publici: in rem*

act. Hoc tamen quod dixi de possessione quæ sit penes precario habentem, non est perpetuum; sed tunc demum valet, quando quis precariò rogavit, ut sibi possidere liceat. *d. l. 15. §. Eum qui. d. t. l. 21. interdum. ff. de acquir. possess. l. 33. Non solum. §. ult. ff. de usucap.* Nam si ut tantùm in fundo morari sibi liceat, rogaverit quispiam, ut *l. 6. certè. §. is qui rogavit. & penult. ff. de precario.* tunc is tantùm qui concessit, non etiam iste qui rogavit possidet, non magis quàm vel fructuarius vel colonus, vel inquilinus: quos constat non possidere, quamvis in prædio sint. *l. 15. sciendum. D. Qui satisdare cogantur.* Tertiò differunt Commodatum & Precarium: quòd illud quidem sit contractus, qui re fit. *§. Item is cui res. Institut. Quib. modis re contr. & l. 1. §. 3. Is quoque cui rem. ff. de oblig. & act.* Sed precarium magis spectat ad causam donationis, & beneficii quàm negotii contractum. *l. 14. Interdictum. ff. de precario.* Videatur & Henr. Bocerus *ad h. l. pag.* 103. *& seq.* ubi docet, Precarium neque contractum esse, neq; quasi contractum. Dicet aliquis: si precarium non est contractus, non etiam quasi contractus: quare igitur hîc Vlpianus de eo tractat, ubi propositum ipsi est agere de contractibus & quasi contractibus? Respondeo: hoc ideò fit, quia tametsi non sit contractus vel quasi, tamen habet similitudinem cum commodato qui est contractus re initus. Posset etiam hoc addi: *in l. 14. ff. de precario.* non omninò nec simpliciter negari, quod precarium sit contractus; sed Iurisconsultum loqui comparatè, ut significet propiùs accedere precarium ad naturam donationis & beneficii, quàm contractuum. Hinc fluit quarta differentia: Ex commodato nascitur actio civilis, videlicet commodati. *tot. tit. ff. commodati, vel contrà.* Ex precario autem non datur aliqua actio civilis. *d. l. 14. Interdictum. ff. de precario.* Item *in l. 14. Eum qui emit. §. 11. Is qui precariò. ff. de furtis*: sed Interdictum. Omne autem interdictum est ex jure Prætorio, *init. tit. Institut. de interdict.* Datur quidem præter interdictum etiam actio præscriptis verbis: quæ & condictio incerti appellatur, *in l. 2. inf. & in l. 19. duo in solidum. §. ultim. ff. de precario*: sed ea actio non datur ex contractu vel quasi, verùm potiùs ex æquo & bono, sive ex bona fide, ut Vlpianus loquitur *in f. §. 2. l. 2. de precario.* Anton. Contius tamen *pag. 26.* in ea videtur sententia esse, quòd precarium sit contractus innominatus: quod confirmari posset argumento à simili ducto. Nam sicut ex innominatis illis contractibus, DO ut DES, DO ut FACIAS, FACIO ut DES, & FACIO ut FACIAS, datur actio præscriptis verbis plerumque: ut est *in leg. 5. digest. de præscriptis verbis*: ita etiam ex precario datur eadem actio, quæ cum interdicto concurrit.

Quinta & ultima differentia propriè ad hanc legem nostram pertinet. In Commodato præstatur dolus & culpa; in Precario autem is qui precariò rogavit, culpam non præstat, sed duntaxat dolum & culpam latam: ut *hîc*, & *in l. 8. Quæsitum est. §. 3. Eum quoque. §. 6. & generaliter. digest. de precario.* De Commodato, ratio explicabitur infrà suo loco: sed de Precario cur in eo nihil præter dolum & latam culpam præstetur, hoc loco videndum est. Ratio autem hujus juris non una redditur. Prima sumitur ex *l. 14. Eum qui. §. Is qui precario. ff. de furtis*: ubi ait Vlpianus, simili donato precarium esse. Quam rationem ita explicat Contius: Idcirco in precario non præstatur culpa ab eo qui accipit: quia precariò roganti &

acci-

accipienti rem videtur ad incertum tempus donata & sua facta possessio. Nemo autem cogitur rationem reddere cuiquam rei suæ, vel sibi donatæ, quamvis negligenter à se administratæ & custoditæ: *argum. l.21. In re mandata. C. Mandati.* Sed nec civili ulla actione repeti potest precarium. *l. 14. Interdictum. ff. de precario. &* *d.l.14.§. is qui precario. digest. de furtis.* Ergo neque culpæ ratio reposci debet. Altera ratio est, quam assignat Vlpianus *in dict. l. 8. quæsitum est. §. Eum quoque. digest. de precario*, quia cum totum hoc ex mera liberalitate descendat illius qui precario concessit, satisfit, si dolus tantùm præstetur: quasi dicat: Repugnaret enim liberalitati, si quis culpæ rationem reposcere vellet ex re non satis custodita, neque conveniens esset homini liberali, ut idem sit rigidus ac severus exactor, qui potiùs causam benefaciendi semper cogitat, ut ait Publius Syrus. *Videndum est* enim *inprimis, ne obsit benignitas iis quibus benignè videbitur fieri. Nam qui gratificantur cuipiam quod obsit illi cui prodesse velle videantur, non benefici neq; liberales, sed perniciosi assentatores judicandi sunt* ut præclarè scripsit Cicero *lib. 1. de offic.* Tertia ratio sumitur ex *l.2.§. Eum qui. & l.14. Cum precario. in pr. ff. de precario.* quia qui ptecarium concessit, potest illud quolibet momento revocare, quandocunque scilicet mutaverit voluntatem, quæ hîc quoque non minus quàm in Testamentis est ambulatoria. Cum igitur penes accipientem adeo sit instabilis usus: & revocatio sæpè ipsi intempestiva atque incommoda accidat; videlicet nondum expleto usu: non est æquum visum, ut nimium ab ipso exigeretur, sed potiùs ut qui in uno fuerat gravatus, in altero relevaretur. Non igitur aliàs tenetur, nisi quid dolo fecerit aut culpa dolo proxima sive lata. *dict. l. 8. quæsitum est. §. Eum quoque. & §. 5. si servitute. cum §. sequenti. digest. de precario.* His & postrema accedat ratio, quam indicat etiam Antonius Delrio: quia qui passus est rem suam apud Precarium possidentem perire vel deteriorem fieri ipsius culpâ & negligentiâ; sibi hoc imputare debet, qui non citiùs revocaverit, cum posset. Intervenit ergo ipsius etiam quædam culpa, per quam quod sentit damnum, sentire non videtur. *l.203. quod quis. infrà h. titul.* & sibi imputare, non aliis, debet. *capit. damnum. de Regulis Iur. in 6.*

Sed quoniam superioribus nonnulla possunt obiici, breviter illa diluemus. Primùm igitur obstat, quod precarium conceditur accipientis causâ, & ad ipsius tantùm utilitatem, perinde & commodatum. Ex quo videbatur, de similibus idem Ius disponendum, ut videlicet quemadmodum in commodato commodatarius non tantùm de dolo & lata culpa tenetur, sed etiam levem culpam & levissimam præstare debet. *l. 5. §. Nunc videndum. vers. commodatum. digest. commodati.* ita & precarius possessor similiter ad hæc quoque præstanda obligaretur. Nam ubi eadem ratio est, ibi idem jus statuendum est. *l. 32. illud quæsitum ff. ad L. Aquiliam.* & Cicero *in Topic.* inquit: *Valeat æquitas, quæ in paribus causis paria jura desiderat.* Responsio patet ex suprà dictis. Negandum est enim quod Commodatum & Precarium per omnia sint similia: imò in multis differunt; quod superius ostendi: maximeque in eo, quod Commodatum non potest intempestivè revocari

vocari quandocunque vult is, qui rem utendam dedit, ſed expectare oportet, dum expletus ſit uſus: Precarium verò ex ſolo nutu concedentis pendet, ita, ut quovis momento & ex beneplacito ipſius poſſit revocari. Cùm itaque multò plenior, certior aut diuturnior uſus rei verſetur in commodato; brevior autem & incertior in precario: non eſt mirum, quod illi, qui Iura condiderunt, hoc diſcrimen inter utriuſque obligationem obſervari voluerint: ut precariò rogans multò leniùs obligaretur; Commodatarius autem ad plura teneretur, & duriùs obligaretur. Æquiſſimum namque viſum eſt, ab eo multum repoſci, cui multum fuerit datum, ut eſt etiam in dicto Evangelii.

Alia objectio ſumitur ex collatione Precarij cum Depoſito. Nam etiam depoſitum poteſt liberrimè revocari quovis tempore, cum placuerit ei qui depoſuit: & tamen quando ſolius accipientis gratia deponitur, tum depoſitarius talis non modò dolum & latam culpam dolo proximam, ſed etiam culpam levem & leviſſimam præſtare cogitur. *l. 4. ſi quis nec cauſam. ff. de rebus creditis*: & dixi *ſup. cap. praced. inter exceptiones à Regula.* Ergo ad eundem modum debebat etiam precariò poſſidens obligari, ut non tantùm dolum & latam culpam, ſed levem quoque & leviſſimam præſtaret. Reſpondeo negando conſequentiam, quia ſeparata eſt ratio Depoſiti & Precarii: quamvis in paucis quibuſdam conveniant, ut ſuprà dixi. Et ut maximè depoſitum aliquando fiat ad utilitatem depoſitarii: tamen etiam eo caſu ſimul complectitur aliquam utilitatem deponentis, dum videlicet res ipſius, fortè abſentis in tuto eſt collocata, & à depoſitario aſſervata. Præterea putat Delrio, quando depoſitum fit ſolius accipientis gratia, tunc non poſſe id liberè revocari quandocunque voluerit is qui depoſuit: quod nuſquam ſanè expreſſum legi in Iure noſtro: Puto tamen non abſurdè poſſe dici, argumento commodati.

Tertiò objici poteſt: quòd in Mandato etiam leviſſima culpa à mandatario præſtanda venit; non obſtante eo, quo revocari poſſit quandocunque voluerit is, qui mandabat, quamdiu res eſt integra. Ergo videbatur etiam precariò accipiens ſimiliter obligari debuiſſe. Reſpondeo: Etiamſi mandatum & precarium quadantenus conveniant, quoad jus & poteſtatem revocandi: in plurimis tamen longè diverſiſſima eſt natura mandati: in quo cur etiam leviſſima culpa veniat infrà *cap. prox.* explicabo.

Obſervanda eſt etiam exceptio à ſuperiore ſententia: videlicet, in precario non tantùm dolum & culpam latam venire, ſed etiam levem culpam & omnem cauſam, poſt editum interdictum & moram: hoc eſt, ſi quis repoſcenti precarium non ſtatim reſtituerit, ſed moram fecerit; exſpectans, dum adverſarius qui precario conceſſit, interdicto cum ipſo experiretur. *l. 8. quæſitum eſt. §. 6. Et generaliter. verſ. planè. ff. de precario.* ubi notandum eſt particulam PLANè notam eſſe exceptionis, ut etiam *in §. ſic itaq. verſ. planè. & §. ſeq. verſ. planè. Inſtit. de Action. & paſſim alibi.* ſicut etiam particula SANè *in §. æquè. verſ. ſanè. eod. tit. & alibi.* Ratio

hujus

hujus exceptionis, cur inquam hoc casu is qui precarium rogavit, duriùs obligetur & aliquid amplius quàm aliàs præstare debeat, est odium moræ, & detentationis rei alienæ: quæ semper odiosa esse solet. Debebat enim confestim reposcenti suam reddere, cujus nulla est causa retinendæ invito domino. *d. l. 2. §. 2. & l. 12. cum precarium. & l. 15. & habet. digest. de precario.* Huic simile est quod suprà dixi de Deposito inter Exceptiones: nempe, quod depositarius qui secum agi passus est, cum moram fecisset in restituendâ re, præter dolum etiam culpam præstat.

Huic addenda est & altera Exceptio: Nisi pacto: convenerit inter precariò rogantem & concedentem, ut amplius quid præstaretur præter dolum & culpam latam: *arg. vers. sed hæc ita. h. leg. nostra.* hoc enim pactum est validum & observandum. Illud autem pactum est inutile, ne ante certum tempus auferri possit res ei qui precario rogavit, utpotè contrarium naturæ precarii. *l. 12. in princ. ff. de precario.* cui tamen Anton. Delrio hanc limitationem addit: Nisi illud pactum ea forma concipiatur, ut negotium transeat in alium quempiam contractum, non repugnante significatione verborum; ut videlicet magis sit Commodatum quàm Precarium.

Sequitur postremò locus de Actionibus, quæ precarii nomine dentur. iam suprà autem dictum est. Civilem quidem Actionem nullam hoc nomine esse. *l. 14. Interdictum. ff de precario. & l. 14. Eum qui. §. Is qui precario. digest. de furtis.* Introductum est igitur loco actionis civilis Interdictum, quod Paulus *in d. l. 14.* vocat *de precariis*; cùm usitatius dicatur *de precario.* Est autem hoc interdictum Recuperandæ possessionis: nam hoc agit, hoc intendit, is qui tali interdicto experitur, non ut adipiscatur possessionem, non etiam ut retineat; sed ut recuperet. Etsi enim is qui concessit precarium, animo non discessit à possessione: tamen quia is qui rogavit corpore possidet, ut est *in l. 15. & habet. §. Eum qui precario. ff. de precario.* meritò adversus eum agitur ad id, ut rem restituat. Porrò cum Interdicto de precario concurrit etiam Actio præscriptis verbis, quæ *incerti condictio* appellatur *in l. 19. Duo in solidum. §. ultim. digest. de precario.* & ex bona fide oriri dicitur, *in l. 2. §. 2. digest. eod. tit.* id est, ex æquo & bono: ex quo & aliæ condictionum species nascuntur: v. g. Condictio indebiti, item sine causa, & ob causam datorum, &c. Præterea puto etiam alias actiones concurrere: ut sunt Ad exhibendum, & Rei vindicatio, si precario concedens fuerit dominus rei; argumento eorum quæ suprà dixi de Actionibus ad depositum repetendum competentibus. Sed ex his remediis omnibus difficillimum est illud Rei vindicationis: nempe ob difficultatem probandi dominii. Consultiùs ergò faciet is, qui alia remedia multò faciliora elegerit. Quæ cautela perpetuo observanda est, quoties plura affinia remedia in jure dantur. Interdum etiam fit, ut non detur interdictum de precario; sed illo cessante, fit actio de peculio, vel de in rem verso. Exemplum est *in l. 13. si servus. in posteriore legis parte. ff. de precario.* nempe si servus vel filiusfamilias alicujus suo nomine precario rogaverit, ignorante domino vel patre. Aliud est si non ignorante, sed vel mandante vel ratum habente domino vel patre servus vel filiusfamiliàs precario rogaverit, & quidem ipsius nomine, ut est in priore parte ejusdem legis.

Et hæc de precario illo, cujus in Iure civili fit mentio, quod (ut dixi) longè usitatius & crebrius est nomen numero singulari quàm plurali: & solus (quod sciam) Paulus etiam plurali *precariis* usus est *l. 14. ff. de precario.* Diligenter autem ab eo discernenda sunt alia duo genera à Iuris Canonici Doctorib. excogitata, & in mores recepta: quorum unum vocatur *precaria* genere fœminino, numero singulari: Alterum *precariæ* genere fœminino, numero plurali. Inter quæ duo ita distinguunt: ut *precaria* fiat ad mortem, nec ante revocari possit: in quo ferè convenit cum usufructu, qui etiam est Ius ad vitam durans, & morte finitur. *§. finitur. Inst. de usufr. l. 1. & l. 3. §. ult. ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Vnde etiam Antonius Contius rectè scribit, precariam esse instar ususfructus. *Precariæ* autem in plurali numero, singulis lustris, id est, quinto quoque anno renovantur. Videatur Hostiensis *in Summa tit. de precariis*: cujus versus quatuor memoriæ inservire jussos refert glossator Iuriscanonici, *d. tit.* De ijsdem videatur & Cuiacius *ad tit. 9. lib. 1. Feudorum.* & Ioan. Borcholten *de Feudis cap. 3. n. 46.* Dixi etiam nonnihil *in partition. Feudal. lib. 1. cap. 2. quæst. 9.*

CAPUT QUINTUM,

DE MANDATO.

VIdimus hucusque ea negotia, in quibus tantùm dolus regulariter ex ipsorum naturâ communi præstari solet: qualia fuerunt, Depositum, & Precarium. Sequuntur jam alii contractus, in quibus præter dolum etiam aliquid amplius præstandum venit. Ex his primum occurrit Mandatum: quod & dolum & culpam & diligentiam recipit. Quam sententiam sive Regulam priusquam explicemus, & confirmemus aliorum Iuris locorum collatione, & per suam rationem, & objectiones, sive rationes dubitandi: quædam permittenda sunt majoris evidentiæ causa: ut primùm de vocabulo. 2. de divisione Mandati. 3. de differentia ejusdem à quibusdam cognatis. 4. de definitione.

Ad VOCABULUM quod attinet, Isidorus id deducit à *manudata*: vel quia manus datio in hoc contractu interveniat, id est, quod negotia manui seu potestati alicujus committantur & subjiciantur. Sed simplicius est, à verbo *mandare* nomen verbale *mandatum* descendere. Plautus *in Mercatore* vocat Rem mandatam in hac nobili sententia: *Mandatæ rei sapientes prævorti decet*: hoc est, mandatum summa fide ante omnia exsequendum est, ejusque sollicita cura omnibus aliis rebus est anteponenda. Sic enim Comicus ille verbo prævertendi uti solet. In hoc contractu duæ interveniunt personæ: unus qui mandat, alter cui mandatur, sive qui suscipit mandatum: quorum illum vocamus *Mandatorem*, ut *in l. 10. §. 11. Fidejussores & mandatores. l. 26. inter. & l. seq. §. qui mandatum. & l. 28. Papinianus. & l. 60. Creditor mandatorem. ff. mandati. §. mandatum non suscipere. Institut. de mandato.*

dato. Vocamus etiam *Mandantem*: ut §. 1. *Mandantis tantum Institut. dicto titulo.* Appellatur idem etiam *Dominus negotiorum*: ut *in l.* 1. *& passim. digest. de Procuratoribus.* Hunc autem *Mandatarium*, & sæpè etiam *Procuratorem* dicimus: ut *l.* 7. *salarium procuratoris. & l. seq. l.* 10. *l.* 55. *procuratori. ff. Mandati. & tot. tit. D. & C. de procur.* Nam omnis procurator, sive sit rerum forensium, ac judicialium sive aliarum, constituitur per mandatum. *l.* 1. *in princ. & l.* 24. *licet.* §. 2. *Ea obligatio. digest. de procurat.* Aliquando etiam dicitur *salariarius*: ut *in l.* 10. §. 9. *Idem Labeo. ff. Mandati*: videlicet à salario, quod percipit pro operâ, honoris & remunerationis causa: hujus tamen nomine ipsi datur non mandati actio, sed extraordinaria cognitio, si certum aliquod salarium sit promissum. Nam de incerto planè nullum datur remedium. Germanis nostris Procurator est ein Gewalthaber/ Item Gevollmechtigter: ut Mandatum ipsum vocamus ein Gewalt/ oder Vollmacht. Usitata sunt autem in hoc contractu ista ferè verba: *Rogo, volo, mando, peto*, & alia horum similia. *l.* 1. §. *item sive. & l. ult.* §. 1. *ff. Mandati*: quæ verba ferè etiam in fideicommissis sunt recepta. §. *ult. Inst. de singulis reb. per fideicom. rel.* neque tamen propterea existimandum est, ad hunc contractum necessaria esse verba, ita ut absque illis non consistant: multò minùs, hunc contractum verbis fieri. Immò consensu nudo contrahentium etiam inter absentes consistit mandati obligatio, ut est *in l.* 1. *ff. mandati*, & *in l.* 2. *in pr. ff. de oblig. & act.* & *init. tit. Inst. de oblig. ex consens.* & *tit. Inst. de his per quos agere poss. vers. procurator.*

Cùm autem consensus sit duplex, alius expressus, qui scilicet vel voce vel scriptura declaratur, vel etiam per nuncium: alius tacitus, cùm quis præsens est negotio, quod suo nomine geritur, & patitur, nec recusat, aut contradicit, aut vetat: in summa, quando non ostendit ullo signo se invito id fieri: consequens est, mandatum quoque sic DIVIDI, & duplex constitui; *Expressum* scilicet, vel *Tacitum.* Posterioris generis exempla præbent hæ leges: *l.* 6. §. *si passus sim. l.* 18. *qui patitur & l.* 53. *qui fide alterius. ff. mandati.* v.g. Pro te præsente & tacente & patiente ultrò fidejussi. Hìc inter me & te intervenit tacitum mandatum, cujus vi teneris mihi actione mandati, ad recuperandum id quod pro te solvi ex causa fidejussionis, etiamsi nullo verbo te rogaverim, ut pro me fidejuberes. Semper enim, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur: ut inquit Vlpianus noster *in l.* 60. *semper. ff. inf. h. t.* Aliud est, si pro te præsente & vetante fidejusserim. Nam hìc neque mandati neque negotiorum gestorum contra te datur Actio. *d. l.* 6. §. *si passus, in verbis: nisi pro invito quis intercesserit. & l.* 40. *si pro te præsente. ff. mandati.* Cui simile est, quod si quis prohibeat, ne alter sua negotia gerat, prohibitio illa tollit actionem negotiorum gestorum post prohibitionem. *l. ult. C. de neg. gest.* Ratio differentiæ est, quia hìc deest consensus ex persona ejus, pro quo fidejubetur. Sine consensu verò utriusq; partis, mandatum non contrahitur. *arg. l.* 55. *In omnib. & l.* 57. *ff. de obl. & act. & d. l.* 1. *in pr. ff. mand.* Aliud quoq; est, si quis pro absente & ignorante fidejusserit. Nam hic non habebit actionem mandati, sed negotiorum gestorum. *l.* 20. *ex mandato.* §. 1. *ff. mandati.* Ratio cur hoc casu detur actio negotiorum gestorum; mandati non detur; hæc est, quia mandatum nullum intervenit: quod

quod tametsi etiam inter absentes contrahi potest per nuncium vel per epistolam. *l.1.§.1.ff.mandati.& l.2. vers.unde.ff.de oblig. & act. & d.tit.Instit. de oblig. ex consensu, & tit. de his per quos agere possumus*: tamen hîc neutrum intervenit. Interim tamen quia negari non potest negotia absentis gesta esse à fidejussore: propterea eum indemnem præstari æquissimum est: ut recipiat à domino negotiorum quidquid ei abest hoc nomine, vel quicquid abfuturum est. *l. 2. in fin.ff.de negotiis gestis.* Sic alibi quoque inter præsentes & absentes distinguitur: ut *in l.22. si mandavero. §.si curator.ff. Mandati.* Atque hæc breviter de prima divisione mandati in expressum & tacitum. Est & alia divisio sumpta à fine sive utilitate, cujus scilicet gratiâ mandatum contrahatur: ut videri potest *in l.2.ff. Mandati. & initio tit. Institut. cum & seqq. Institut. de mandato.* Rursum alia est mandati divisio, qua vel est *generale*, vel *speciale*; sive procurator vel datur ad omnes res, & ita ut sit totorum bonorum administrator ex mandato generali, vel ad unam duntaxat rem vel ad litem aliquam. *d. l. 1. §.1. & l.3. & l.58. procurator, cui generaliter, & l. 63. procurator totorum bonorum. ff. de procurat.* Addiderunt Dd. etiam hanc divisionem, quod procurator alius sit *cum liberâ administratione*, (ipsi vocant per ellypsin, *Procuratorem cum liberâ*) alius *sine libera*: quam tamen reprehendit Giphanius *ad tit. de procurat. & in tract. de divis. juris.* Hæc sufficiant de divisionibus mandati & procuratoris: Quibus & hoc addo: In judiciis, sive ad litem, ut constituatur procurator, non sufficere tacitum mandatum, sed requiri expressum: Idque ideò, quia in judiciis major requiritur solennitas quàm in extrajudicialibus negotiis: Deinde quia inprimis cavendum est ne judicia reddantur elusoria. *arg.tit.Instit de satisdat.* Facilè autem eludi possent, si procurator rei alienæ admitteretur etiam sine expresso mandato.

Sequitur jam ut mandatum à COGNATIS quibusdam & vicinis negotiis separemus. Habent autem cognationem quandam cum Mandato ista quatuor: *Consilium, Commendatio, Negotiorum gestio, Ratihabitio, & Locatio-Conductio.* De quibus ordine videndum. A *Consilio* igitur differt Mandatum, quòd hoc est obligatorium: illud non item. Consilii namque non fraudulenti nulla obligatio est, & nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expedierit ei cui dabatur. *d.l.2.in fine. ff.Mandati.§.Tua tantum.vers. cujus generis. Inst. de mandat. l. 47. consilij. inf.h.t.* Item in consilio tantum dolus præstatur: qui si absit; nulla, ne quidem de dolo, actio datur. *d.l.Consilij.& Cic.in epist.ad Att.* item *Symmach. in Epist.* Deinde à *Commendatione* differt Mandatum: quia ex commendatione hominis nemo obligatur: atqui ex mandato obligatur. *l.12. si verò.§.Cum quidam.ff mandati*, ubi VLpianus refert Epistolam commendatitiam Laconicè scriptam: *Rogo te commendatum habeas Sextilium Crescentem, amicum meum.* Quanquam autem ex commendatione sua nemo obligatur alteri: tamen in commendando non nimis liberales aut profusi, multò minùs temerarii ac dissoluti esse debemus: sed potiùs restricti, cauti, & circumspecti: Memores videlicet præcepti Horatiani:

Qualem commendes etiam atque etiam aspice: ne mox
Incutiant aliena tibi peccata ruborem.

Tertiò

Tertiò *Negotiorum gestio* etiam magnam habet affinitatem cum Mandato: quod vel inde satis intelligitur, quia non solum *in Instit.* proximè post Mandatum de illa explicatur *initio tit. de obl. ex quasi contr.* Verùm etiam *in pandect. tit. de procuratoribus*, qui, ut supra dictum est, per Mandatum constitutum, statim subjicitur *tit. de negot. gestu* idemque ordo etiam *in Codice* observatur: ut scilicet quæ de eodem ferè loquuntur in confinio ponantur ex præcepto Iustiniani. Et similitudo quidem inter hæc duo primùm in eo consistit, quod utrobique negotia geruntur aliena: deinde in eo, ex utroque nascitur ultrò citroque obligatio, & actio tàm contraria quàm directa: tertiò in eo quòd utrobique exactissima diligentia præstanda est: ut mox de mandato explicabitur, & infrà suo loco de negotiis gestis. Sed differunt etiam in aliquibus, v.g. primùm in eo, quod mandati obligatio non contrahitur, nisi præcesserit mandatum domini negotiorum, si non expressum, saltem tacitum, idque ab altera parte fuerit susceptum: In negotiorum gestione ultro quis sese offert & accedit ad aliena negotia gerenda sine mandato. Secundo, mandatum requirit utriusque partis scientiam. Ignorans autem mandati non obligabitur; quia scilicet ignorantia (ut etiam error) non habet consensum: ex negotiorum gestione autem etiam ignorantes obligantur illi, quorum negotia fuerint gesta. Tertio & ultimo Mandatum est verus contractus: sed negotiorum gestio est quasi contractus, de his differentiis videatur, §.1. *Inst. de oblig. quæ q. ex contr.* & *l. 39. solvendo. ff. de negot. gest.*

Quarto cognationem quandam habere cum Mandato dixi etiam *Ratihabitionem*: quod patet tùm ex *l. 60. semper inf. h. t.* ubi Vlpianus addit, *sed & si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione*: tum ex Regula Iuris Canonici: *Ratihabitionem retrotrahi & mandato non est dubium comparari. cap. 10. de reg. jur. in 6.* Ratam rem habere, est comprobare & agnoscere quod actum est; ut explicat ipse Vlpianus *in l. 12. §. 1. digestor. Ratam rem haberi*: Nec tantùm verbis, sed etiam actu ratum haberi potest, ut ait Scævola *in l. 5. digestor. dict. tit.* Quanquam autem Ratihabitio comparatur Mandato, & similis est in multis: ut inter alia etiam in eo, quod utrumque potest etiam inter absentes fieri: item quod utrumque non solùm in contractibus, sed etiam in delictis & criminibus vim suam exerit: tamen etiam differunt in multis: v.g. primùm in eo quod Mandatum semper præcedit actum; vel certè supervenit, actu nondum perfecto. *l. 20. ex mandato. §. 1. in verb. cum non antecesserit Mandatum digest. Mandati*: Ratihabitio autem semper sequitur. Secundo, Mandatum potest esse etiam de rebus alienis: Ratihabitio vero nisi de re ad nos pertinente est nulla. Tertio, Mandatum non præsumitur ex diuturnitate temporis quantumvis longi: Ratihabitio autem ex antiquitate temporis præsumitur: Quarto ubi lex & statutum requirit mandatum ad formam & validitatem actus, ibi necessario intervenit mandatum, nec sufficit ratihabitio. Quinto in Mandato est Veritas; sed in ratihabitione est fictio juris. Sexto, Ex mandato nascitur actio Mandati: ex ratihabitione oritur Negotiorum gestorum actio: ut communis est opinio Dd. quam etiam tuetur Pet Peccius. *in commentar. ad dict. cap. 10. de reg. jur. in 6.* ubi *numer. 7.* refert di-

ſtinctionem Saliceti *ad l.9.ſi pecuniam. C.de negot.geſtis.* ad quam legem etiam Accurſius jam olim valdè ſe torſit, ut ſolveret antinomiam quæ eſt inter *illam l.* & inter *d. l. 60. h. tit.* Nam *lex 9.* dat ex ratihabitione actionem Negotiorum geſtorum; cum *d.l.60.* det mandati actionem. Videri poteſt & alia diſtinctio apud Henr. Bocerum *in comment.ad h. l. pag.* 108. Habet denique Mandatum etiam cognationem cum *Locatione & conductione*; præſertim quando in hac opera præſtatur: ſed differt in eo potiſſimum, quod mandatum fit gratis, ſine mercede; at locatio conductio cum mercede: ut paulo poſt dicetur in explicatione definitionis Mandati. His differentiis quæ ſunt inter mandatum & cognata quædam negotia rectè addiderit aliquis etiam differentias quæ ſunt iuter *Procuratorem* & *Advocatum*. De quibus conſuli poteſt Cuiacius *in paratit. C.ad tit. de procurat.*

Sequitur DEFINITIO Mandati eſt autem *contractus qui fit conſenſu de negotiis honeſtis mandatoris gratuitò & ſine mercede adminiſtrandis, expediendis, ſive procurandis, per mandatarium animo procuratoris.* Cujus definitionis ſingulæ partes ordine nobis ſunt expendendæ & probandæ. Et quidem primo quod ſit *contractus conſenſu factus*, probatur ſatis per *l. 1.ff. Mandati, & l. 2. ff. de oblig. & action.* & conſtat ex *Inſtit.tit. de obl. quæ ex conſ.* Deinde quod *negotia* debeant eſſe *honeſta*, vel inde ſatis patet, quia rei turpis nullum eſt mandatum: ſive, mandatum quod contra bonos mores eſt, non eſt obligatorium: ſive, mandatum rei flagitioſæ nullas vires habet. *l. 6. §. Rei turpis, & l. 12. ſi verò. §. ſi adoleſcens luxurioſus. digeſtis. Mandati. l. 35. quod ſapè. §. veneni mali.ff. de contrah. empt.* v. g. de ſacrilegio, de vulnere alicui infligendo, de homine occidendo, de furto faciendo, de damno, de injuria. *l. 22. ſi manda- vero §. 6. qui ædem ſacram.ff. Mandati. §. illud quoque mandatum. Inſtit. eod.* Eſtque hoc generale in omnibus contractibus, pactis & ſtipulationibus, ut ſi quid turpe & contra bonos mores contineant, nullius ſint momenti. *l. 27. ſi unus. §. 14. pacta quæ turpem. ff. de pactis l. 26. generaliter & l. ſeq. l. 35. ſi ſtipulator. l. 61. ſtipulatio. l. 123. ſi flagitii. ff. de verb. oblig. l. 5. C. de condict ob turpem cauſam.* Talia namque ne quidem facere nos poſſe credendum eſt, ut præclarè ait Papinianus *in l. 15. ff. de condition. inſtit.* Quare ſicut impoſſibilium obligatio nulla eſt: ita neque rerum turpium ulla contrahi poteſt obligatio.

Porro quod *gratuitò & ſine mercede* mandatum ſuſcipiendum ſit, habetur *in l. 1. §. ult. ff. Mandati in l. 20. ſi contra inf. Cod. eod. tit. l. 15. litem Cod. de procur. §. ult. Inſtit. de mandato.* Niſi enim gratuitum ſit, mandatum nullum eſt, ac in aliam formam negotii cadit: & quàm primum pro opera intervenit pecunia ſive merces, jam res potiùs reſpicit ad locationem & conductionem. Hoc tamen quod dictum eſt, mandatum gratuitum eſſe debere non ita ſtrictè accipiendum eſt, quaſi omne omnino etiam honorarium ſive ſalarium ſive remunerationem excludat & reſpuat, eové accedente vitietur mandati contractus. Nequaquam. Imo verò admittit honorarium ſive ſalarium remunerandi cauſa laboris & induſtriæ. *l. 6. in princip. ff. Mandati*, ubi vocatur *honore*, eadem ratione, qua Cicero ad Tyronem ſuum ſcripſit: *habe honorem medico*, cum vellet ac juberet, honorarium ipſi perſolvi pro opera curatæ valetudinis. Sed de ſalario hæc adhibenda eſt diſtinctio. Aut ſalarium incertâ pollicitatione promiſſum eſt procuratori, non ex-

preſſa

pressa quantitate ejus: Et tunc peti non potest: *l. 17. salarium* & *l. 56. qui mutuam. §. salarium ff. Mandati*, quod eam rationem habere puto, quia qui incertum quid & in genere duntaxat promisit, is potest vel minimam rem præstando liberari. Quæ causa est, cur etiam stipulationes & legata generalia plerumque non valeant. *l. ubi. 75. ff. de verb. oblig. leg. 69. Cum post divortium. §. gener. ff. de Iure dotium, cum similibus.* Aut certum quid definitum salarii nomine constitutum est: & hoc peti potest, non quidem mandati actione, sed extra ordinem, sive cognitione prætoris vel præsidis provinciæ. *leg. 1. in fin. & ibi Acursius, Cod. mandati leg. 7. salarium digestor. eod. tit.* Immò, inquies, salarium cujus certa quantitas est promissa non extraordinaria cognitione petendum est, sed potius actione mandati. *leg. 6. in princip. digest. mandati*, ubi ait Ulpianus mandati esse actionem, si honor (id est salarium) intervenerit remuneranti causa; Mandati vero Actio est remedium ordinarium, cum cognitio sit extraordinaria. Respondeo: datur quidem eo casu actio mandati, sed ad alia potiùs quàm ad salarium consequendum. Neque enim dicit Vlpianus actionem mandati dari ad petendum salarium, quod repugnaret aliis locis suprà adductis.

Diligenter autem ab hac pollicitatione salarii discernendum est *pactum*, quod Dd. vulgo vocant *de Quota litis*: videlicet cum quis incertum litis sive eventum litis redimit, v. g. cum procurator sumptus litis pro domino seu principali prærogat, ea lege ut pars aliqua litis, puta dimidia, vel tertia, vel quarta, sibi detur. Hæc enim conventio interdicta est, ut quæ sit contra bonos mores: & quidem multis legibus tale pactum reprobatur, tam in Advocatis, quàm in Procuratoribus. *ut leg. sumptus. 13. digestis de pactis. leg. 6. §. ultim. & leg. 7. salarium. digest. Mandati. leg. 20. si contra & leg. 22. per diversas. Cod. Mandati. leg. 15. litem. Cod. de procurator. leg. 1. §. 12. si cui cautum ff. de extraord. cogn. l. 5. si qui advocatorum. C. de postulando*: ubi talibus Advocatis redemptoribus litium (sic enim passim appellantur in jure nostro, qui sunt Græcis ἐργολάβοι) hæc irrogatur pœna, ut advocatione ipsis interdicatur, sive ut à sua professione arceantur: cujus pœnæ etiam fit mentio *in dict. leg. 7. digestis Mandati*, & alibi. Notandum etiam est, quod talis conventio ibi appelletur *deprædatio*: eadem videlicet ratione, qua & Quintilianus *libr. 12. cap. 7.* eleganter vocat *pactionem piraticam Causidicorum.* Hoc loco non possum silentio præterire ingenuam confessionem magni sua ætate Iurisconsulti Raphaëlis Fulgosii, quam ipsemet ad perpetuam memoriam extare voluit *in commentar. suis ad leg. 53. sumptus. digestis de pactis*, quòd nimirùm in sua juventute, cum esset advocatus, sæpè solitus sit per ignorantiam illius Iuris, quod jam retulimus, pacisci cum suis clientibus de quota litis, atque ita ab illis multa acceperit injusta lucra; Tandem vero cum in tales leges incidisset, quæ pactionem istam ut de prædatoriam & piraticam improbant, quod non solùm destiterit in posterum: sed etiam seriam pœnitentiam suam injustè factorum eo ipso declaraverit, dum quidquid acceperat olim, occasione hujusmodi improborum pactorum, id omne reddiderit clientibus suis, & quidem cum usuris. Hanc memorabilem historiam facti, quod propemodum simile est historiæ Zachæi, de qua est in E-

in Evangelio, retulit etiam Theodor. Zvvingerus *in Theatro vitæ humanæ pag. 2497. & pag. 3269.* Quæret aliquis, quæ sit causa cur huiusmodi pactum adeo sit odiosum & improbum visum legislatoribus? Bartolus hanc reddit rationem; quia Advocati vel procuratores hac pactione invitentur ad delinquendum; nempe ad litem quo jure quaque injuria etiam calumniosè prosequendam aut certè protelandam. Nam nullum non movebit lapidem, & in omnes se flectet partes, inque omnes formas sese transmutabit tanquam Proteus quispiam, ut vincat modò litem, is qui eventu ejus tantum sperat commodum. Hujusmodi autem pacta quæ ad delinquendum invitant, legibus improbantur. *l. 7. §. pacta quæ turpem. ff. de pactis.* Ant. Faber *in Rationalib. Pand. ad d. l. sumptus.* Hanc suam rationem præfert, quia legislator cum lites execretur, *l. 4. §. 1. ff. de alienat. jud. mut. causa facta l. quidam 21. ff. de rebus creditis. l. per diversas. 34. Cod. mandati. & tot. tit. Instit. de pœna temerè litig.* nullo modo ferre potest redemptores litium alienarum. Per eos enim fit, ut lites non minuantur, sed multiplicentur, magno cum damno Reipublicæ. Putarim hanc quoque rationem non ineptè reddi posse: quia lite pressus quamvis conditionem, etiam iniquam, facilè acceptaret, si permissum esset suo procuratori vel Advocato ab eo redimere incertum litis eventum, sive de quotâ litis cum eo pacisci. argumento eorum quæ de lege commissoria in pignoribus prohibenda aliàs dixi *in paratit. Iuris Feudal. lib. 1. cap. 11. q. 4.*

Porro quod dixi in definitione Mandati, *de negotiis expediendis*: hoc pertinet ad finem istius contractus, & ad officium mandatarii. Nam idcirco mandat quis amico suo, ut negotia, quibus ipse per absentiam vel occupationes alias superesse nequit, ipse administret, procuret atque expediat. *l. 1. ff. de procurat.* & facit huc *l. 1. ff. de negot. gestis.* Quæret aliquis, quid si procurator non potuerit finem negotio imponere, idque expedire, an propterea perdet sumptus, quos bona fide necessario impendit? Minime vero; sed mandati actione eos à domino consequetur, ut rectè respondit Papinianus. *in l. 56. qui mutuam. §. ultim. digestor. Mandati.* Immo etiamsi litem amiserit procurator, non tamen sua culpa, potest sumptus recuperare quos in eam fecit, ut rescriptum est in *l. 4. Cod. mandati.* Fecit enim quod potuit, unde nihil est quod ipsi possit imputari. Eventum veró, sive quod res ad optatum finem non sit perducta, præstare non cogitur, perinde, ut neq; consilii exitum quisquam præstare tenetur: quod aliàs latiùs probavi. Quod denique dictum est de *animo procuratoris*, hoc quoq; necessarium est ad substantiam mandati, & sumptum est ex *l. 10. itemq; §. 7. ff. Mandati*, ubi non tenetur mandati, qui non animo procuratoris intervenit negotiis alterius, sed tantùm affectionem amicabilem promisit alteri in monendis procuratoribus & actoribus ejus, consilioque regendis: nec obligatur. nisi dolo quid fecerit: quo tamen casu non mandati actio, sed doli competit, argumento eorum quæ suprà de consilio diximus. Atque hæc de mandati definitione eiusque explicatione, ut tanto meliùs natura ejus intelligeretur, dicenda fuêre.

Nunc ad id quod potissimum *in h. l. nostra* agitur, confirmandum accedamus, hoc est videamus. Quid *in mandato præstandum sit.* Regula est, Mandatum recipit

recipit dolum & culpam & diligentiam, eamque exactam; ut *hic*, & *l. 8. si procuratorem. §. ultim. ff. Mandati* & clariùs multò *in l. 13. à procuratore.* & in *l. 21. in re mandata. Codic. Mandati.* Ratio de *dolo* manifesta est, omniumque contractuum communis, maximè verò eorum qui sunt bonæ fidei. Nihil enim est tàm contrarium bonæ fidei ac repugnans, quàm dolus & perfidia: & fidei ruptæ gratia de dolo actio exerceri solet. *leg. 1. Cod. de dolo malo. leg. penultim. Cod. depos. leg. 4. bonam fidem. Cod. de oblig. & action. cum similibus*, Sub dolo autem in contractibus etiam *latam culpam* comprehendi & intelligi, toties jam inculcavimus *ad hanc legem* ut supervacuum sit repetere. Lata enim culpa dolo est proxima. Porrò de *culpa levi* ratio est, quia qui aliena negotia administranda suscipit, is ipso facto ea videtur polliceri, sine quibus illa rectè administrari nequeunt *arg. l. 2. D. de Iurisdict.* qualia sunt; opera, industria & diligentia, & exactum officium. Hæc igitur in alienis negotiis sive in rebus mandatis maximè præstanda sunt, ut eleganter rescripsit Constantinus Imp. in *leg. 21. in re mandata. Codic. Mand.* ubi facit oppositionem inter res proprias & alienas. In rebus suis ac propriis unicuiq; licet esse negligentem; utpote quarum sit liber moderator & arbiter, sive dominus, qui dicere possit illud ex Evangelica Parabola, *Matthæi 20. An non licet mihi facere quod volo in rebus meis?* (Quamvis interim etiam hoc sit verum, Expedire Reipublicæ, ne quis re sua malè utatur, & interesse Reip. habere cives vigilantes & industrios, & rerum suarum benè gerentes, & locupletes. *§. sed & major. Institut. de his qui sui vel alieni juris sunt.* & *l. 2. digest. eod. tit.* cum ibi notatis) Sed alia est ratio rerum alienarum, quæ non admittunt negligentiam, sed exacto officio gerendæ sunt, adeò ut nihil culpâ vacuum sit, si quid in his fuerit neglectum aut declinatum. Videatur etiam insignis locus ad hanc rem apud Ciceronem. *in orat. pro Sexto Roscio* ab illis verbis. *In privatis rebus. Si quis rem mandat*, &c. usque ad verba, *fallere cum qui læsus non esset nisi credidisset.* Quem locum primus, quod ego sciam, ad illustrandum jus observavit & consulit Ioan. Oldendorpius *Clas. 4. Act. 24.* deinde & alii eundem usurparunt, ut Anton. Contius, Giphanus noster & Delrio. Per verba autem *in d. l. 12.* [*exacto officio.*] Accursius, eumque secuti recentiores, intelligunt exactissimam diligentiam, cui opponitur *culpa levissima*: quam proinde etiam in mandato præstandam esse verior est sententia, & pluribus etiam interpretibus approbata. Qui sententiæ fundus est *in l. 13. à procuratore. Codic. Mandati*, ubi Imperatores rescribunt: A Procuratore præstandum esse dolum & omnem culpam. Nota universalem orationem [*omnem*] Qui verò dicit omne, nihil excludit, ut vulgò quoque dicitur. Comprehendunt ergo ibi Impp. appellatione culpæ etiam levissimam, & non tantum levem; etsi hæc alias culpæ nomine absolutè & sine aliquo epitheto, vel sine particula universali posito, intelligenda venit: deinde *in ead.* Imperatores tantum excludunt casum fortuitum; & hunc solum negant præstari debere. Ergo præter casum fortuitum omnia cætera præstanda esse significant; nempe dolum, culpam latam, culpam levem, & culpam levissimam, unius ergo exclusio cæterorum est inclusio: & exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, *Iuribus pervulgatis.*

tis. Non est igitur recipienda distinctio Martini veteris glossatoris, quam refert Accursius *ad dict. l. 21.* Dicebat ille, videndum esse, utrum mandantis tantùm gratia factum esset mandatum, & tunc præstari à mandatario debere tantùm dolum & latam culpam: An verò mandantis & mandatarii simul: & tunc præstari debere dolum, & latam culpam, & levem; An denique mandatarii tantùm gratia: & tunc præstandam esse etiam levissimam culpam, præter dolum & latam ac levem culpam: quia nimirum ad hunc modum in commodato quoque distingui solet. *leg. 5. §. interdum. & l. in rebus 17. digest. commodati:* de quo mox dicetur *sub cap. seq.* sed (ut dixi) verior est altera sententia, quæ fuit Bulgari *ad h. l.* & à pluribus est recepta, nempe, cujusquimodi Mandatum semper recipere etiam levissimam cupam, quam veteres ICti exprimunt vocabulo *diligentiæ. ut leg. 47. culpa. digest. de legatis. 1. leg. 5. §. commodatum. & dict. leg. in rebus digest. commodat. leg. 2. & 3. digest. de periculo & commod. rei vend. l. qui injuriæ. §. qui alienis. digest. de furtis. l. 72. socius. digest. pro socio. §. ultim. Institut. de societat. §. 1. prope finem. Institut. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc. cum similibus locis.* unde & Harmenopul. *lib. 6. Epitome Iuris ad h. l. nostram.* culpæ levi opponit mediam diligentiam, sed levissimæ magnam: quod & Antonius Contius ex eo observavit, & Rogerii quoque veteris Glossatoris auctoritate confirmavit. Accedit & ratio ipsa. Nam nisi dicamus, diligentiæ præstatione aliquid amplius significari præter levem culpam, & quidem denotari hoc verbo levissimam; tunc sequetur hoc absurdum, Iurisconsultos sine causa bis idem dixisse *in dict. l. cum res. 47. §. culpa. de legat. 1. cum locis similibus.* quod à recta ratione loquendi sanorum hominum abhorret. Sed neque restrictio Carol. Molinæi est admittenda, qui *in tractatu de eo quod interest num. 183.* putat, *dict. l. 13. Cod. Mandati* intelligendam esse non de quovis, sed tantùm de forensi procuratore, sive ad lites dato: quasi videlicet in eo major diligentia requireretur, quàm in eo, qui extrajudicialia negotia administrat. Qua in re secutus est Bartolum & Decium. Sed quod pace tantorum virorum dixerim, falluntur. Nam ubi lex non distinguit, ibi nec nostrum est distinguere. *leg. 8. de pretio. & ibi Bartol. in summa digest. de public. in rem. action.* In *dict.* autem *l. 13.* non distinguunt Impp. inter procuratorem ad litem, & procuratorem aliarum rerum: sed generaliter dicunt à quolibet procuratore omnem culpam præstandam esse. Quid igitur opus fuit, excogitare in loco alienam distinctionem? Denique nec Eguinario Baroni assentiendum: qui volebat, distinguendum esse inter procuratorem qui salarium accepit, & eum qui non accepit: Quam distinctionem rejicit auditor ejus Antonius Contius 29. *& seq. ad hanc legem nostram.* Hoc ergo firmiter teneamus: Mandatarium sive procuratorem ex hoc contractu ejusque naturâ non modò ad præstandum dolum ac latam & levem culpam, verum etiam ad levissimam obligari, & quidem indistinctè sive mandatum sit utriusque gratia, sive mandantis tantum, sive mandatarii tantum: item, sive procurator sit judicialis, atque ad lites exercendas constitutus: sive extrajudicialis & ad negotia administranda datus: denique sive salarium intervenerit aliquod, sive nullum intervenerit.

Quæ

Quæ ſententia ut tantò magis confirmetur, ejusque veritas illuſtretur, amolienda ſunt quædam, quæ ei objici poſſunt: ut eſt in primis *lex.* 10. *Idemq; in princip. digeſtis Mandati.* ubi dicit Vlpianus noſter. Eum qui procurat, (id eſt mandatarium) nihil amplius quàm bonam fidem præſtare oportere. Cum ergo certum ſit, bonam fidem opponi dolo ſive perfidiæ (ut & ſupra dixi) conſequens eſſe videtur, in mandato nihil præter dolum præſtari debere. Reſpondeo non hoc vult ICtus, cum ait, nihil amplius quàm bonam fidem præſtare oportere eum qui procurat; quaſi in mandato duntaxat dolum præſtare debeat mandatarius (Hoc enim repugnaret aliis quàm plurimis & manifeſtiſſimis locis, ubi præter dolum etiam amplius quid præſtatur.) ſed bona fides in hujusmodi contractibus porrigit ſeſe ad omnia quæ in ipſis præſtanda ſunt, atque ita ad levem quoque immò & leviſſimam culpam. Et certè mandatarius qui in amici rebus quarum adminiſtrationem ſuſcepit, negligenter verſatur, non minùs facit contra bonam fidem, ſive datam fidem violat, quàm ſi doloſè ac malitioſè in illis ſeſe gereret. Nihil enim hîc neglectum & declinatum culpâ vacat, ut ait Conſtantinus *in d. l.* 21. *In re mandata Cod. Mandati.* Eodem ferè recidit ſolutio Anton. Contii *ad hanc Legem* cum ait, bonam fidem aliter & exactius conſiderari in mandato, quam in depoſito, ut patet ex dicto loco *Ciceronis in orat. pro ſexto Roſcio.* Alias duas ſolutiones videre licet apud Accurſium *ad d. l. A procuratore.* 13. *C. Mandati.*

Secundò non obſtat *l.* 8. *ſi procuratorem.* §. *ultim. digeſtis Mandati*: ubi dicitur, teneri eum qui ſuſcepit mandatum de emendo alicui homine ſive ſervo, & neglexit emptionem dolo vel lata culpa. Reſpondeo, non loqui ibi ICt. excluſivè, quaſi tantùm de dolo aut lata culpa teneretur; immò mox etiam ſubjicit culpam. Si inſtas, culpam ſimpliciter poſitam ſignificare culpam levem: Reſpondeo, verum quidem hoc plerumque eſſe, ut ſupra multis legibus probatum eſt, ſed tamen interdum pro ſubjecta materia (ſecundum quam ſemper accipienda ſunt verba) culpam etiam comprehendere leviſſimam. Deinde qui dicit culpam levem in aliquo contractu præſtandam eſſe, non continuò exiſtimari debet, voluiſſe excluſam culpam leviſſimam, niſi contrarium aliunde appareat.

Tertio non obſtat *l.* 29. *ſi fidejuſſor. in pr. &* §. *quadam ff. Mandati* ubi qui fidejuſſit pro altero, tenetur de dolo & lata culpa, ſive de diſſoluta negligentia, quæ prope dolum eſt, ſi ſciens prætermiſerit exceptionem, quæ contra debitorem principalem competebat: v. g. non numeratæ pecuniæ, vel pacti de non petendo, vel de dolo &c. Reſpondeo cum Duareno, hoc ideò fieri, quia negotium illud ejusmodi eſt, ut non requirat ſingularem induſtriam, quæ aliàs exigitur in mandato. *dict. leg.* 21. *Cod. Mandati.* Ergo inter mandantem debitorem principalem, pro quo quis fidejuſſit, & mandatarium, eundemque fidejuſſorem, non hoc actum videtur, ut hîc etiam exactam diligentiam adhibere; ſed ſatis eſſe viſum fuit, ſi dolo & diſſolutâ negligentiâ careret.

Quartò non obſtat *l.* 4. *Cod. Mandati*: ubi procuratori datur mandati actio ad recuperandos ſumptus in lite, etiamſi ſuccubuerit, dummodò nihil ab eo fa-

ctum sit culpâ. Ergo à contrario sensu inde colligitur, si quid culpa factum fuerit, procuratorem, qui litem amiserit, non posse sumptus à se factos repetere. Ex quo dicendum videbatur, in mandato culpam levem, non etiam levissimam præstari: quia scilicet quoties culpa absolutè posita reperitur, levis intelligitur, non levissima, neque lata. Respondeo regulariter quidem & in dubio, quando non constat aliunde, quam speciem culpæ oporteat intelligere, Culpæ appellatione denotari levem: Veruntamen aliquando etiam levissimam subaudiendam, si suadeat subjecta materia: quæ est utilissima observatio Bartoli *in leg. venditione. vers. si quis fructus. n. 6. ff. de reb. auct. judicis poss.* & Baldi *in l. quæ fortuitis. Cod. de pignorat. act.*

Quintò non obstat, quod mandatum ferè fit in gratiam mandantis, & ad hujus solius utilitatem pertinet; non verò ad utriusque. *leg. 2. ff. Mandati.* Iam regula est: In iis contractibus, qui tantùm unius gratia fiunt, dolus tantùm præstatur, ut *hîc*, & *l. 5. §. Nunc videndum. digest. Commodati. l. 108. Si servus. §. 12. cum quid. digest. de legatis 1.* & *Modest. in titul. 10. libelli qui inscribitur Lex Dei collata cum Legibus Rom.* Respondeo, ut plurimum quidem illa Regula valet; sed tamen interdum fallit: ut ecce, depositum fit unius gratia, respicit enim ad utilitatem deponentis, non etiam depositarii: & tamen sæpenumerò etiam in deposito aliquid amplius præstandum est, quàm dolus, ut patet ex iis quæ suprà diximus *sub cap. 3. de deposito.* Similiter negotiorum gestio est quasi contractus, qui unius tantum gratia fit, nempe domini negotiorum: & tamen negotiorum gestor non tantùm dolum & latam cupam, sed etiam levem & levissimam præstat. *§. 1. vers. sicut autem Institut. de obligat. quæ q. ex contr.* quod explicabitur *infrà sub cap. 12. de negotiis gestis.* Sic tutela quoque est Quasi contractus ad unius tantum gratiam, & quidem non ad tutoris utilitatem, sed soliùs pupilli comparatus. *leg. 1. ff. de tutelis §. 1. Institut. eod. tit.* & *Cicero in Off. lib. 1.* Et tamen tutor præter dolum & latam culpam præstare debet etiam levem, ut infra probabitur *sub cap. 11. de tutela.* Quanquam igitur mandatum respicit utilitatem solius mandantis, nullam verò mandatarii: tamen hic non tantùm dolum, sed multò plura præstare debet, & inter cætera etiam culpam levissimam: idque propter tacitam assertionem industriæ suscipientis mandatum, cum propter solam industriam procurator eligatur. Videatur Dynus *ad cap. contractus de Reg. Iur. in 6.* & additio ad Glossam *in l. 13. a procuratore. C. Mandati.*

Sextò & ultimò non obstat, quod mandatario sive procuratori suum officium hac ratione erit damnosum & nimis grave, si tàm multa præstare debeat, atque etiam culpam & levissimam. Iam verò suadet æquitas, ut nemini suum officium sit damnosum. *l. 7. sed si quis. digest. testam. quemadmod. aperi.* & *leg. 67. si servus communis. §. quod verò ff. de furtis.* Ex quo etiam fit, ut mandatario detur contraria mandati actio contra mandatorem ad recuperandas impensas ut servetur indemnis, sive ne quo damno afficiatur is qui suscipit mandatum. *l. 15. si mandassem. digest. mandati.* de quò paulò pòst dicam. Respondeo: Non ob id erit da-

mnosum,

mnosum aut grave mandatario officium suum, quamvis tàm arctè, ut diximus, obligetur. Nam cum sponte sua susciperet mandatum (quod ei liberum erat non suscipere. §. *Mandatum non suscipere. Institution. de Mandat.* & *l. 22. si mandavero. §. ultim. digest. Mandat.*) consentit in eam obligationem, quam jure proditam esse sciebat, vel certè debebat scire, taciteque promisit, se omnia illa præstiturum, quæ illius contractus natura secum fert: quæ qualia essent, vel scivit, ut dixi, vel scire debuit. Iam autem scienti & volenti non fit injuria neque dolus. *l. nemo videtur. 146. ff. in f. h. t.* & quæ ab initio sunt voluntatis, ea postea fiunt necessitatis. *l. 5. sicut. C. de oblig. & act.* Accedit deinde, quod nisi hic mandatarius intervenisset, fortasse per alium res commodiùs & sine damno transigi potuissent, ut Cicero quoque significat *in d. loco Rosciana orationis.*

Atque hæc hactenus de obligatione *Mandatarij*, quomodo & quare is præter dolum & latam ac levem culpam etiam levissimam præstare teneatur. Quæri potest de *Mandatore*, an is quoque de levissima culpa teneatur? Et verum est, mandatorem de levissima culpa non teneri; sed sufficere si præstet dolum & latam ac levem culpam: ut docet Cujacius *Tractat. 8. ad African. per dict. l. 61. de furtis.*

Illud certum est, casum fortuitum in re mandata non præstari à mandatario, nisi hac conditione mandatum susceperit, ut ipsius periculo res esset. *l. 39. Et Aristo. ff. Mandati.* Ratio exceptionis est: quia sibi imputare debet qui facto se obstrinxerit ad casum fortuitum, de quo aliàs non teneretur, utpote in nullo bonæ fidei judicio præstari solito. Sic & vice versa mandator non cogitur præstare mandatario casus fortuitos: v. gr. si mandatarius dum mandatum exequeretur, fuerit spoliatus à latronibus, vel naufragio res amiserit, vel languore (id est morbo) apprehensus quædam erogaverit in medicos, & pharmacopolas, &c. *l. 26. Inter causas. §. 6. non omnia ff. mandati.* Nec obstat, si quis dicat mandatario suum officium non debere esse damnosum. Respondendum enim, damnum illud fatale non ex officio sive mandati exequendi ratione vel occasione ipsi contigisse, sed potiùs vi aliqua majore & fortuito.

De modis denique mandati finiendi, ut de revocatione, de renunciatione re integra facta, & de morte alterutrius sive mandatoris sive mandatarii, nihil hoc loco dicam, quia res plana est etiam ex *Instit. tit. de mand.* ubi & de officio mandatarii explicatur, quo scilicet diligenter custodire debeat, neque excedere fines mandati.

Reliquum est ut de Actionibus, qui ex contractu & obligatione mandati dentur, videamus: quarum una dicitur *Mandati directa*, altera *Mandati contraria actio*: quæ etiam causa est cur ita conceptus sit titulus *in digest. & Cod. Mandati vel contra.* Ferè autem ubi simpliciter *Mandati actio* in Legibus nominatur, ibi intelligenda est directa potiùs quàm contraria: nisi aliud circumstantiæ ostendant. Directa Mandati datur mandatori adversus mandatarium: Contraria Mandati (quæ & *contrarium judicium* appellatur, *in l. 12. si verò non remunerandi §. contrario judicio. ff. Mandati.*) datur mandatario adversus mandatorem. Et di-

recta quidem aliàs etiam *principale judicium* vocari solet: quia scilicet ei datur, qui principaliter magis contraxit, sive cujus gratiâ potissimùm factus est contractus: verb. gr. qui mandavit sibi rem aliquam emi ab aliquo, habet actionem directam mandati contra eum qui mandatum suscepit, ad rem emptam consequendam, & quicquid circa eam factum est dolo culpavè, etiam levissima, ex quo damnum aliquod incurreret: Contrà is qui alteri rem emit ipsius mandato, habet actionem mandati contrariam, ad id, ut præstetur ipse indemnis: puta ut sumptus pro altero hoc nomine factos recuperet, & quidquid ex ea causa sibi abest: v.g. si sumptus fecerit in vecturas & itinera, &c. hæc omnia inquam ut à mandatore consequatur. *l.* 10. *Idemq;* §. 9. *Idem Labeo. digest. Mandati.* & *l.* 12. §. 9. *si mihi mandaveris. eod. tit.* ubi etiam additur de usuris præstandis. Est enim hoc generale in omnibus bonæ fidei judiciis, ut ex mora debeantur usuræ. *l.* 32. *ff. de usuris, cum similibus.* Si tamen convenerit, ut mandatarius de suo salario faceret sumptus, hos reputare vel repetere non potest. *d.l.* 10. §. 9. Facit hoc, pactum, quod legem contractui dedit, & formavit actionem, ut suprà dictum. Non tamen semper necessarium est mandatario, ut contraria mandati actione experiatur, cum possit directâ mandati actione conventus reputare ac deducere sumptus, & tantò minùs solvere mandatori: atque ita per modum exceptionis sive retentionis jus suum servare & consequi: Quoniam cui damus actionem, eidem & exceptionem competere multò magis dicendum est, ut habet alia Iuris regula. Videatur *d.* §. 9. *L.* 10. Interdum ne datur quidem contraria actio mandati; sed ab una tantum parte mandati judicium redditur: quod accidit, quando is qui mandatum suscepit, egressus est mandatum, sive formam ac fines ejus migravit: Tunc enim ipsi quidem non competit actio mandati contraria adversus mandatorem, sed mandatori adversus ipsum directa competit. *l.* 41. *potest. ff. mandati.* Ratio est quia sibi imputare debet hoc damnum, quod suâ culpa sensit: debuit enim formam in mandato præscriptam servare, & fines mandati diligenter custodire, nec à formâ recedere, cum certum haberet mandatum: cumque excesserit fines ejus, aliud quid fecisse videtur. *l.* 5. *diligenter.* & *l.* 46. *si quis pro eo. digest. mandati.* §. *is qui sequitur. Institut. eod. tit.* Nec obstat quod mandatum sit bonæ fidei, non stricti juris. Hoc enim pertinet ad naturam actionis, & ad officium Iudicis in mandati judicio: minimè verò hinc inferendum est, quòd licebat mandatum in aliâ formâ exequi. Verum tamen usque ad competentem summam, quæ mandato comprehensa est, datur actio contraria, etiam illi qui excessit illam summam, v. g. vel fidejubendo, vel emendo. *l.* 4. & *l.* 33. *Rogatus. ff. mandati.* & *d.* §. *is qui exequitur. Instit. eod. tit.* Prævaluit enim hæc benignior sententia Proculianorum; abolitâ alterâ Sabinianorum, qui actionem omninò denegabant. Notabilis autem est differentia inter actiones istas, Mandati Directam & Contrariam: quod directa infamat (non minùs enim turpe est, condemnari mandati quàm furti, teste Cicerone *dict. loco in orat. pro Sext. Roscio.*) Contrarium verò judicium non infamat. *l.* 1. *in verb. mandati contrario judicio damnati.* & *l.* 6. *furti.* §. *ultim. digest. de his qui notantur infamia.* & §. *ex quibusdam. Institut. de pœna temerè litigantium.* Rationem hujus differentiæ superiùs exposui

fui *sub cap.* 30. *de deposito* : quia scilicet in judicio directo agitur de fide rupta, cujus pœna meritò est infamia. At in contrario judicio non agitur de fide ruptâ, sed de calculo & indemnitate, sive de rationibus : quæ ferè judicio sive auctoritate judiciali expediri ac dispungi solent.

Porrò quid in utramque actionem veniat, sive ad quid vel illa vel hæc detur, diligentissimè explicatur à Ioanne Oldendorpio *in class. Act.* à quo & libellorum & exceptionum formula peti potest.

Moveri hîc potest elegans & utilis quæstio : Quoniam constat fidejussorem habere actionem mandati contrariam adversus illum pro quo fidejussit : §. *si quid autem fidejussor. Instit. de fidejussorib. l.* 10. *Idemq;* §. 10. *fidejussores & mandatores, cum seqq. l.* 20. *Ex mandato.* §. 1. *l.* 26. *Inter causas.* §. *præterea. l.* 33. *Rogatus. l.* 53. *qui fide. ff. Mandati.* quæ actio etiam heredi ejus datur. *l.* 14. *heredem. in princ. ff. d. tit.* quæritur, inquam, an fidejussor possit agere mandati etiam antequàm solverit? Quam quæstionem etiam frequentissimè agitari solere præter quotidianam experientiam testatur etiam Marcellus *in l. Lucius Titius* 38. §. 1. *Mandati.* De hac quæstione videri potest Ant. Heringius Oldenburgicus, condiscipulus quondam noster sub Borcholto, *in Tractatu suo absolutissimo de fidejussoribus, cap.* 25. *de Actionib. quæ dantur fidejussori. n.* 6. 12. *& multis seqq.* & Valentin. Francus *in tract. de fidejussorib. cap.* 5. *n.* 558. *cum multis seqq.*

Postremò observandus hîc quoque est concursus affinium remediorum, sive plurium actionum. Primùm ergo concurrit cum actione mandati directâ, etiam furti actio. *l.* 22. *si mandavero* §. 7. *si tibi centum. ff. Mandati.* v. g. dedi tibi centum, & mandavi ut illa dares meo nomine Titio. Non dedisti, sed consumpsisti me invito. Hoc casu non solùm Mandati actione possum te convenire, sed etiam furti : mandati quidem, ex contractu : furti autem ex tuo delicto, nempe quia meos nummos me invito contrectasti. Furtum enim est contrectatio rei alienæ invito domino. Concurrunt autem interdum contractus & delicta. Aliud est, si tibi dederim nummos, ut liceret dare alteri quæ velles. Nam tunc mandati tantùm, non etiam furti actio datur, quia non videris me invito contrectasse & consumpsisse meos nummos, sed me volente ac permittente. *dict.* §. *si tibi centum in dict. l.* 22. Alterum concurrens & affine remedium est cognitio extraordinaria, qua petitur salarium alicui constitutum per pollicitationem. Sed hoc quale sit, jam satis intelligitur ex superioribus, quæ de salario diximus in explicanda mandati definitione.

CAPUT

CAPVT SEXTVM.
DE COMMODATO.

X illis negotiis, in quibus præter dolum & latam culpam aliquid amplius præstatur, secundo loco hîc ponitur *Commodatum*: in quo ex natura ejus diligentia quoque, id est, levissima culpa præstatur: Quod cum dicimus superiora quoque omnia includimus. Nam qui de levissima etiam culpa tenetur, idem procul dubio multoque magis de levi: & qui de levi, is procul dubio de latâ quoque culpa: & qui de hac, is etiam de dolo tenetur. Non est autem difficilis interpretatio Commodati, ut Ulpianus quoque fatetur *in l. 1. §. ff. commodati.* præsertim cum jam antea nonnihil de eo attigerimus *sub cap. 4. de precario.* ubi ostendi, quantum interesset, inter commodatum & precarium.

Hoc loco discernendum est ante omnia commodatum à mutuo. Etsi enim nonnulli fortè olim promiscuè hæc duo verba usurpârint: ut cum scribit Cornelius Fronto *in lib. de different. vocabulorum*: *commodati pecuniam mutuam*: & Plautus, *Aquam*, inquit, *hostis hosti commodat*: quomodo & vulgus hodie sæpè ista confundit: tamen in usu Iuris accuratè hæc duo distinguuntur, plurimumque inter se differunt. Debemus autem potius ex arte loqui, quàm cum imperitis: & ubi distinctæ sunt res, ibi melius est etiam vocabula esse distincta: cum nomina debeant esse rebus consequentia, & subservientia, utpote quæ sint notæ rerum: ut explicatur *in §. Est & aliud. Instit. de donation.* & *in §. Alio autem modo. Institut. quibus mod. test. infirm.* & *l. 7. si idem. C. de codicillis. l. 2. in f. C. communia de legatis.* Sunt autem hæ præcipuæ differentiæ: Primò, Commodatum est bonæ fidei: sed mutuum est stricti juris. *§. Actionum. Institut. de Act.* Secundò differunt quoad materiam. Commodatum enim in rebus longè pluribus quàm mutuum consistit. Nam hoc in illis duntaxat est rebus, quæ pondere, numero & mensura constant, quarum datione in creditum itur, & quæ in suo genere functionem recipiunt: ut loquitur Paulus: denique quarum usus nullus esse potest sine abusu, hoc est, nisi consumantur: ut sunt vinum, frumentum, oleum, pecunia numerata, seu nummi, & his similia. *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. §. 1. Instit. quib. mod. re contrah. l. 1. §. 2. ff. de oblig. & actionibus. Agretius de Orthograph. proprietate ac differentia sermonis.* Sed commodatum est etiam aliarum rerum, quarum est aliquis usus salvâ manente earundem substantiâ: & quidem rerum non tantùm mobilium: ut vestis, supellectilis, equi, currus, servi, &c. sed etiam immobilium sive soli; ut domus, ut fundi, sive agri. Repudiata est enim sententia Labeonis: existimantis, commodari tantùm res mobiles; sed utendas dari posse æquè res soli atque mobiles: quam ille constituebat differentiam inter *commodatum* & *utendum datum*: ut hoc esset generale, sive latiùs patens, illud speciale. *l. 1. §. 1. digest. commodati.* Neque tantùm corporales res, sed etiam incorporales possunt commodari. *d. l. 1. §. in fine. ff. commodati.* v. gr. habita-

bitatio, quæ est species servitutis: omnis autem servitus est jus quoddam, & omne jus est res quædam incorporalis, ut notum est ex principiis Iuris. Tertiò differunt Mutuum & Commodatum, quod in illo transfertur dominium rei, quæ propria fit accipientis, ex quo etiam volunt dictum *mutuum*, quod de meo tuum fiat. *dict. leg. 2. §. Appellata est. de rebus creditis.* & *initio tit. Institut. quibus modis re contrah. obligat.* In commodato autem non transfertur rei dominium, ac ne possessio quidem; sed utrumque manet penes commodantem. *l. 8. & l. seq. ff. commodati. §. Item is cui res. Instit. quibus modis re contrah. oblig.* Ratio differentiæ est: quia commodatum potest habere aliquem usum, quamvis commodatarius neque proprietatem neque possessionem rei commodatæ adipiscatur. Sed rei mutuò datæ usus nullus esset sine abusu & consumptione: quæ proinde etiam præsupponit sive requirit, ut utens seu consumens rem, sit ejus possessor & dominus factus, ne scilicet videatur rem alienam consumpsisse.

Quartò, Mutuo licet uti pro arbitrio ejus qui accepit: Is enim dominus factus est rei mutuò acceptæ. Dominii autem pars non postrema hæc est, posse re sua uti pro ut voluerit. *l. 21. In re mandata. Codic. mandati. & Bartol. in definitione dominij.* Sed commodatarius non nisi certo modo uti potest re, quæ utenda ipsi data est, videlicet ad eum modum, quem præscripsit is, qui dedit. Unde etiam *commodatum* dictum voluit, quasi *cum modo datum*: Finem autem sive modum certum præscribere est illius qui utendum dat, ut eleganter Paulus *in l. 17. in commodato. §. 3. sicut autem. ff. commod.*

Quintò, Mutuum dantem oportet esse dominum: quia nemo plus juris in alium transfert quàm ipse habet. *l. 2. §. pen. ff. de rebus creditis.* Ergo qui non est dominus, non potest mutuum accipientem facere dominum. Sed commodantem esse dominum nihil est necesse; immò etiam rem alienam quam possidemus, commodare possumus alteri etiamsi scientes alienam possideamus, id est, quamvis malæ fidei sit nostra possessio. *leg. 15. commodare. cum l. seq. ff. commodati*, ubi etiam fur & prædo utendum dare possunt.

Sextò, in mutuo reddenda est non eadem res sive species, quæ accepta est; sed alia ejusdem generis, naturæ, quantitatis & qualitatis sive bonitatis, etiamsi hoc non est disertè cautum in contrahendo. Nam si ita datum sit, ut eadem res reddatur, vel etiam ut aliud genus, puta pro tritico vinum, non erit mutuum, sed priore casu vel commodatum vel depositum; posteriore contractus innominatus, Do ut des. *leg. 2. & l. 3. digest. de rebus creditis. & §. 1. Institut. quibus modis re contrah. in verbis: quandoque non eadem res. leg. 1. §. 2. re contrahitur. ff. de obligationibus & actionibus.* In commodato autem eadem ipsa res reddenda est quæ fuit utenda data, non alia. *dict. §. item is cui res. in verbis: & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Institut. quibus modis re contrah. dict. leg. 1. §. 3. is quoque cui. digest. de oblig. & act.*

Septimò, Commodatarius non tenetur de casu fortuito, sed ab obligatione liberatur, si res absque ipsius culpâ perierit vel amissa sit casu vel vi majore. At

verò is qui mutuum accepit, etsi rem quolibet casu amisit, tamen obligatus manet, & reddere cogitur. *d.l.* 1. §. 4. *& ille quidem. ff. de oblig. & action. d.* §. *item is cui. vers. & is qudem. Instit. quibus modis re contrah. l.* 11. *incendium.* C. *si certum petatur. l.* 4. *in princ. l.* 9. §. *ultim. D. de rebus creditis.* Ratio differentiæ non illa tantùm reddi potest, quia mutuum sit stricti juris; commodatum verò sit bonæ fidei: §. *Actionum. Instit. de Actionibus*, quo in genere nunquam præstantur, quæ fortuitis casibus accidunt. *l.* 5. *Codic. de pigneratitia actione.* Sed hæc etiam, quia qui mutuum accepit, factus est domnus; qui verò commodatum, non est factus dominus, sed proprietas pariter & possessio remansit penes commodantem, ut suprà dictum. jam verò unaquæque res, domini sui periculo est, & domino suo perit potiùs quàm alteri, qui non est dominus.

Octavò; Commodans rem, obligatur commodatario vicissim: id est, mutua inter ipsos nascitur obligatio: At is qui mutuum dedit, non item. Dicam aliis verbis: Ex commodato nascitur ultrò citroque obligatio: ex mutuo autem ab uno tantùm latere oritur obligatio, nempe debitoris, qui mutuum accepit.

Nonò; Differunt denique Actionibus. Commodatum enim duas parit actiones: Vnam videlicet Directam, alteram contrariam, ut infrà pluribus dicam: sed ex Mutuo una tantùm oritur actio, videlicet condictio certi ex mutuo: quæ alio nomine *Actio pecuniæ creditæ* appellari solet: eaque tenetur debitor qui mutuum accepit: contra creditorem verò nulla huic competit actio, utpote, qui non sit obligatus debitor. Est enim mutui obligatio uni latera, sive ut Græci eleganter vocant μονόπλευρος, quemadmodum & stipulatio, ut explicat Iohannes Borcholten *ad titul. digestor. de verborum obligationibus.* Omitto illam differentiam; quod Græci etiam vocabulis distinguunt ista duo. Nam mutuum vocant δάνειον, præsertim si mutuum sit fœneratitium, seu pecunia fœnebris, unde δανειστής, & Latinè *danista*, fœnerator: Commodatum verò vocant χρῆσιν: tametsi propter inopiam linguæ hoc vocabulum etiam pluribus rebus attribuerunt. Atque hæc de differentiis nobilioribus, quæ sunt inter Commodatum & Mutuum.

Sed conveniunt etiam eadem in nonnullis: Vt primùm in genere proximo. Nam utrumque est contractus qui fit re, ut constat ex *l.* 1. *digestor. de obligationibus & actionibus.* & ex *tot. titul. Instit. quibus modis re contrah. obligationib.* Secundò conveniunt etiam in fine. Nam in utroque versatur usus rei. Tertiò, utrobique hoc agitur, ut accipientis potiùs quàm dantis utilitates procurentur. Quartò, utrobique aliquid est reddendum: sed diversimodè: in commodato quidem res eadem quæ data fuit: in mutuo non eadem, sed alia, ex eodem tamen genere & ejusdem quantitatis & qualitatis, ut suprà dictum. Quintò, utrumque sui natura & per se est gratuitum: De Commodato quidem affirmat hoc Imperator

in §. *item*

in §. item is cui res. in fin. Institut. quibus modis re contrah. De mutuo quoque idem colligitur *ex leg. undecima, rogasti.* §. 1. *digestis. de rebus creditis.* ubi si dedero tibi decem ut debeas mihi undecim, non ampliùs, quàm decem condici possunt. Non enim contrahitur mutuum, nisi quatenus pecunia proficiscitur, sive quatenus numeratum vel datum fuerit. Nec obstat, quod mutuo potest accedere stipulatio usurarum, quo casu pecunia dicitur *fœnebris.* Nam id non est ex natura ipsius mutui, ex qua nihil nisi quod datum est, debetur; sed accedit extrinsecus, videlicet ex vinculo stipulationis, circa quod peti non possunt usuræ. *l. 3. Cod. de usuris.*

Porrò à Donatione quomodo Commodatum differat, satis manifestum est ex iis quæ suprà de precario diximus: nempe Donatio facit rem propriam donatarii. Est enim acquisitio dominii, ut habetur *in princip. tit. Institut. de donationibus.* Et ita quidem res ibi proficiscitur, id est, transit in accipientem, ut nullo casu revocetur, *l. 35. Senatus censuit.* §. 2. *sed mortis causa. ff. de donationibus causa mortis.* Commodatum verò non facit rem illius propriam qui utendam accepit, sed natura ejus postulat, ut quandoque restituatur. *dict. leg.* 8. & *l. 9. ff. commodati.* & *l.* 1. §. 3. *is quoq. ff. de oblig. & act.*

Sed omissis jam Mutuo & Donatione, sicut & precario, videamus de Commodato, quod jam satis superque ab illis separavimus, cum quibus cognationem quandam habere videbatur.

Regula ergo de iis quæ in commodato præstanda sunt, hæc esto: *Commodatum recipit dolum & culpam & diligentiam.* Quod ita evolvo: In commodato regulariter commodatarius præstare debet dolum, latam culpam, levem culpam, & levissimam culpam. Probatur hc regula, & ejus explicatio, non solùm *in hac lege nostra,* sed etiam aliis multis locis, ut *leg. 5. §. nunc videndum versicul. commodatum autem. & §. custodiam. & leg. decima octava, in rebus. ff. commodati. vel contra l. 1. §. 4. & ille quidem. digestis de obligationibus & actionibus. §. item is cui. Institut. quib. modis re contrah. leg. 3. Custodiam. ff. de periculo & commodo rei venditæ.* Ex quorum textuum comparatione inter se apparebit, promiscuè usurpari in jure nostro *exactam* & *exactissimam diligentiam,* cui levissima culpa opponitur: sic etiam *paterfamilias diligens* & *diligentissimus* pro eodem promiscuè usurpatur. Vbi non possum præterire silentio, insignem observationem Antonii Contii *ad hanc legem nostram. In quibus,* inquit, *quæ perfectionem significant non videtur admitti plus aut minus, aut aliquis comparationis gradus.* Quod deinceps Hebræi sermonis consuetudine eruditè probat: qui gradus comparationis non agnoscat. Nam *nec recta linea* (inquit) *rectior invenitur.* Ratio est, quare commodatarius etiam levissimam culpam præstet, quia commodatum plerumque continet solam utilitatem illius cui datur; non etiam commodantis.

M 2 d. l. 5.

d. l. 5. §. nunc videndum. vers. commodatum autem. ff. commodati. Quantò igitur plus commodatario concessit is qui rem utendam ipsi dedit, tantò etiam arctiùs & ad plura æquum est obligari accipientem: & ut eleganter Delrio hîc ait, *Cujus est omne emolumentum, ejus omne onus esse debet: arg. leg. secundum naturam. hoc titulo nostro.* Dices; Multum etiam is qui precariò rem concessit, indulsit accipienti, & tamen qui precariò rogavit, tantùm tenetur de dolo, ut suprà dictum est, *sub titul. de precario.* Respondeo: Immò qui rem precariò concessit, minus indulget accipienti, quia potest revocare eam ad nutum suum, & pro arbitrio: id quod non potest facere is qui commodato dedit. Hic enim cogitur expectare donec impletus sit usus rei certus, ad quem concessa est: alioquin intempestivâ repetitione, non tàm juvaretur commodatarius, quàm deciperetur beneficio: quod fieri non oportet. *leg. decima septima, digest. commodati.* & *capitulo unico, in fin. extr. de commodato.*

Videamus & alia quæ objici possint regulæ nostræ: tum exceptiones quasdam ab eadem: denique actiones commodati, directam & contrariam: & his affinia remedia sive concurrentes actiones cognoscamus. Objicitur ergo secundo loco, quod Iustinianus *in Institut. quibus modis re contrah. obligat.* tantum *exactam* diligentiam nominat in Commodato. Ergo non levissima, sed levis tantùm culpa in commodato præstanda est. Respondeo: Positivus ibi pro superlativo usurpatur: *exacta*, pro *exactissima*, sicut & in *leg. vicesima prima. Cod. mandati.* & *in leg. prima, digest. de obligationibus & actionibus*, & aliis in locis. Est tamen etiam quando vice versa superlativus habet vim ac significationem positivi: ut in *leg. si merces. §. penultim. digest. mandati.* Tertiò obstat quod in *leg. quinta. §. nunc videndum. versicul. custodiam. digest. commodati*, dicitur, custodiam planè rei commodatæ etiam diligentem præstari debere. Sed eodem modo responderi debet: *diligentem* custodiam ibi pro diligentissimâ accipi, cui contraria est culpa levissima. Probo hoc loco simili: Paulus enim in *leg. vicesima quinta, heredes. §. non tantum. digestis. familiæ erciscundæ*, cum vellet dicere, coheredem præstare coheredi levem, non etiam levissimam culpam, sic ait: *Non tantum dolum, sed & culpam in re hereditaria præstare debet coheres &c.* & mox: *non tamen diligentiam qualem diligens paterfamiliâs*: ubi similiter *diligens* pro diligentissimo accipi debet, quod satis ipse contextus evincit. Quartò obstat, quod *in lege nostra*, qua parte agitur de commodato, tantùm fit mentio culpæ: Culpâ autem simpliciter nominatâ, intelligenda est levis, non levissima, ut suprà non semel dictum. Respondeo: Incivile est, de lege judicare non totâ lege inspectâ, sed particulâ duntaxat ejus arreptâ. *leg. incivile. digestis de Legibus.* & Apulejus elegantissimè in Apologiâ: Oportet enim etiam hîc spectare ea quæ sequuntur: [*In his quidam & diligentiam:*] scilicet *recipiunt*: quæ verba pertinent etiam ad commodatum; & significant in illo quoque levissimam culpam præstandam esse.

Sequun-

Sequuntur Exceptiones. Nam aliquando in commodato tantùm dolus præstatur: aliquando tantùm levis culpa, non etiam levissima: aliquando etiam casus fortuitus omneque periculum præstatur.

Primò, dolus tantùm præstatur his casibus primum ex pacto, hoc est, si ita convenerit inter contrahentes. *l. 5. §. interdum. digest. commodati.* Ratio est, quia pactum dedit legem contractui, & per id concessum est à communi ejus naturâ. Secundò, si commodatum fiat in gratiam & utilitatem commodantis; cum regulariter & utplurimùm fiat commodatarii tantùm sive utendum accipientis gratia. *d. l. 5. §. interdum. & l. 12. si mei. digestis commodati.* Exemplum est, si quis Sponsæ vel uxori suæ vestes commodaverit ultrò, non rogatus, ut scilicet tantò honestius culta ornataq; in publicum prodiret, aut domum deduceretur. Aliud exemplum est, si Prætor ludos exhibiturus, vestes utendas dederit scenicis, ultrò non rogatus.

Secundò, culpa levis tantùm præstatur in commodato, his casibus: primùm si ita convenerit inter contrahentes *d. §. interdum*: deinde, si commodatum utriusque gratia sive ad utilitatem communem utriusque, dantis videlicet & accipientis factum sit. *leg. 18. in rebus. §. hoc ita. digestis commodati. l. 13. si cum venderet. §. venit autem. digest. de pignorat. act.* Exemplum est: Tu & ego cùm communibus sumptibus convivium instruxissemus, Sempronium communem amicum nostrum invitabamus ad cœnam; & ita partiti sumus operas, ut tu susciperes curam apparatus convivialis; ego argenteam suppellectilem commodarem. Hîc si quid per negligentiam tuam fuerit deperditum aut deterioratum sive corruptum, eatenus tantùm mihi teneberis, quatenus levis culpa intervenerit: de levissimâ verò non teneberis.

Denique casus fortuitus & omne periculum in commodato præstatur à commodatario. 1. si ita convenerit. *dict. l. 5. §. sed interdum digest. commodat.* 2. si culpa casum præcesserit, per quam factum fuerit, ut res periret: idque etiamsi levissima fuerit culpa *d. l. 5. § sed interdum. ff. commodati & l. in rebus. 18. & l. ultim. eod. tit. & cap. un. extr. de commod. ibidemque gl. & l. 1. §. 1. digest. de oblig. & action.* Exempli gratia si quis equum duxerit in bellum, quem ad alium usum acceperat, nempe, ut iter faceret per locum non hostilem, & equus perierit: de hac vi majore tenebitur certè commodanti. Sic si quis argenteam supellectilem, quam ad convivium domi instruendum acceperat, peregrè secum vexerit, & in latrones fortè inciderit: tenetur de hoc casu fortuito: ut est *in §. item is cui res. in vers. si modo non ipsius culpa, & vers. alioquin.* Et meritò, cum ipse causam & occasionem huic rei præbuerit.

Ad hæc ergo tenetur, & hæc præstat in hoc contractu commodatarius. Quæri potest ad quid teneatur is qui utendum dedit? Resp. is regulariter tenetur tantùm de dolo: idque ideò quia nulla ipsius utilitas hîc vertitur, sed accipientis. *vid. l. 61. si servus meus. §. circa commodatum. ff. de furtis,* quod & Antonius Delrio hîc rectè annotavit.

Actiones ex hoc contractu oriuntur duæ: Commodati Directa, & commo-

dati contraria. Directa datur commodanti, ejusque heredibus sive fuerit dominus rei, sive non, (potest enim & is rem utendam dare, qui non est rei dominus.) adversus commodatarium, qui rem utendam accepit, etiamsi fuerit pupillus vel furiosus, dummodò res apud eos salva extet: si sive unus sive plures acceperint: sed cum hoc discrimine, ut inter plures scindatur actio, ex jure novissimo, per *Nov.* scilicet, *de duobus reis*, nisi nominatim in solidum quisque se obligaverit: datur inquam ad restituendam rem cum accessioribus suis: item ad præstandum id quod interest commodantis si fortè res deterior fuerit reddita: item ut habeatur ratio damni ex eo dati, quod convenerit, ut res certo loco restitueretur, quæ tamen eo loco non fuerit restituta: item ad repignorandam sive luendam rem à creditore, si ab hoc fuerit data, ut posset eam commodatarius pignori dare suo creditori: Item interdum ad cedendum actionem adversus creditorem, qui factâ sibi solutione recusat restitutionem pignoris. Contraria commodati datur commodatario, ejusque heredibus adversus commodantem, ejusque heredes: cum ad recuperandas impensas in rem commodatam factas: (dum modò sint majores & necessariæ: nam si minores, puta sumptus cibariorum, vel ad voluptatem aut ornatum facti, pertinent ad commodatarium, qui eas impensas repetere non poterit, quia utilitas ad ipsum rediit.) Tum ad id, quod interest commodatarii, rem commodatam non fuisse intempestivè ablatam ante expletum usum: vel rem non fuisse vitiosam, cùm id vitium non esset ignotum commodatori, ignorante commodatario; Tum denique ad repetendum à commodatore vel rem commodatam, vel pretium ejus, vel commodatarius rei commodatæ deperditæ pretium sive æstimationem præstiterit commodatori, & posteà res ad eum aliunde pervenerit, vel etiam si ab ipso commodatore fuerit res surrepta. Nam periniquum sanè foret, simul & pretium rei, & rem ipsam à commodatore retineri: qui hac ratione locupletaretur cum alterius jactura. Horum omnium plenior explicatio unà cum Legum fundamentis potest peti ab Oldendorp. *class.*14. *act.* 15.

Cum his actionbus commodati, Directâ & contrariâ concurrunt & aliæ: ut primum, actio furti: Secundò, actio Legis Aquiliæ de damno injuria dato. Tertiò, actio ad exhibendum. Quartò, rei vindicatio. Quintò, condictio sinè causa. Quibus Sexto loco accedat remedium compensationis: quæ est quasi exceptio quædam. De singulis quàm brevissimè eodem ordine dicam.

Primùm *Furti actio* concurrit cum directa commodati, si commodatarius aliter fuerit usus re, quàm quorsum data erat. *l.* 5. §. *quinimo. digestis commodati. l. qui furtum. digestis de condict. furt. l. qui jumenta. & l. si is qui. l. qui re l. si pignore. digestis de furtis. & §. furtum autem fit Institut. de obligationib. quæ ex del. nascuntur.* Quod tamen hanc recipit limitationem, ut extra crimen sit, si quis credat, dominum facilè permissurum, si sciat, ut etiam ad alios usus res conferatur. §. *placuit. Institut. dict. tit. & dict. l. qui re. digestis de furtis.* Ratio hujus limitationis est, quia hîc deest affectus furti faciendi, sinè quo furtum non

non committitur. Deinde dixi concurrere hîc etiam *actionem Legis Aquiliæ.* Nam si commodatarius rem commodatam sua culpâ, aliud est si damnum sit fatale, absque culpa contingens.) fecerit deteriorem, potest non solum directâ commodati, sed etiam actione damni injurià conveniri, ad illus damni emendationem. *l. in rebus.* 16. §. *sive autem & l. unde quæritur. digestis commodati.* Tertiò, datur commodatori adversus commodatarium etiam *actio ad exhibendum*, cujus mentio fit *in l.* 1. §. *ultim. digestis dict. titul.* quæ actio solet esse præparatoria actionis in rem sive rei vindicationis. *tot. tit. digestis ad exhibend.* Quarto, *Rei vindicatio* datur commodatario, qui conventus & condemnatus directo commodati judicio, æstimationem rei solvit, quæ res posteà apud ipsum commodantem est reperta. *arg. l.* 36. *si culpa. digestis de rei vindicatione. vid. Oldend. dict. loco.* Neque vero solùm commodatario hæc actio datur contra commodantem in casu jam dicto; sed etiam commodanti adversus commodatarium: argumento eorum quæ supra tradita sunt, de deposito. Quinto datur eidem commodatario eodem casu etiam *condictio sine causa*, ad repetendam pecuniam sive æstimationem: *argument. l.* 2. *digest. de condict sine causa.* Postremo quod de *remedio compensationis* dixi, habetur *in l. in rebus.* §. *ultim. digestis commodati.* Potest enim commodatarius directa actione commodati conventus compensationem objicere actori eidemque commodatori: Cui non obstat *l. ultim. C. commodati.* Nam de ea supra egimus *sub cap. de Deposito*: ubi vide.

CAPUT SEPTIMUM.

DE EMPTO VENDITO,

sive

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.



Equitur alius contractus, in quo præter Dolum & Latam culpam aliquid amplius præstatur, nempe Levis culpa; non tamen etiam levissima, multoque minùs casus fortuitus.

Principiò autem observanda est differentia Emptionis & venditionis à cognatis quibusdam negotiis, uti sunt ista Quatuor 1. Permutatio. 2. Locatio-conductio. 3. Mancipatio. 4. Donatio, præsertim reciproca sive mutua.

A *Permutatione* quidem differt Emptio venditio, primùm in eo; quòd Permutatio est contractus incertus, sive innominatus, sed Emptio-venditio est nominatus sive sive certus contractus, & quidem recentior permutatióne. Nam ab illa, ut antiquiore, originem sumsit, teste Paulo *l.* 1. *ff. contr. Empt.* 1. Quòd Emptio venditio

ficitur solo consensu, ut notum est ex *Instit. t. de obl. quæ ex consens.* & in *princ. t. d. Empt. & vend.* Permutatio verò non nudo consensu perficitur, sed traditione rerum ultrò citroque factâ. *l. 3. C. d. rer. permut.* 3. Quid in permutatione utrinque versatur res, & res datur pro re, ita ut dici non possit, utra sit alterius pretium, & utra sit merx; in Emptione autem hæc duo sint distincta, merx & pretium. Ab una enim parte est merx, ab altera verò pretium, & quidem pretium certum, consistit in nummis seu pecuniâ numeratâ. *l. 1. digest. de Contr. Empt. & l. 1. ff. d. rer. permut. l. emtionem. Codic. eod. t.* 4. Quòd permutans cogitur rem dare; sed vendens cogitur tradere: id est, venditor in Emptorem non cogitur transferre dominium rei venditæ, hoc enim est *dare* in usu Iuris §. *sic itaque. I. de action. & l. ubi 75. ff. de V. O.* Sed liberatur ab obligatione, si tradat Emptori vacuam possessionem, id est ab alio non turbatam, nec occupatam, & si præstet *habere licere*: (quamvis & dominium transeat in Emptorem per consequentiam, non directò, si Venditor fuerit Dominus,) & re evictâ sive per alium jure ablatâ Emptori teneatur venditor de evictione, sive de auctoritate. *tot. tit. D. & C. de Evictionibus.* Sed qui rem permutat cum alio, dominium ejus transfert in accipientem, sive dominum eum facit. Vnde & Quinta sequitur differentia: nempe quòd res aliena vendi quidem potest; at permutari non potest. Nemo enim dominium, quod ipse non habet, in alium transferre potest, *argum. l. nemo plus inf. h. t. nost.* VI. Denique effectu quoque differunt, qui in auctionibus cernitur. Nam Emptio venditio parit actionem Empti & venditi: quarum utraque est bonæ fidei: & altera datur venditori adversus Emptorem: altera competet emptori adversus venditorem, ut multis docetur *sub tit. d. Act. empt. & vendit.* Et præclarè Iohan. Oldendorp. *in class. action. forens.* post Iohan. Petrum. Ferrar. *in formul. libellorum.* Novissimè quoque hanc rem Giphanius accuratâ disputatione persecutus est. *in disput. Ingolstadii habita, me Respondente Anno. M. D. XVI.* Sed ex permutatione nascitur actio planè diversa, quæ tamen & ipsa est bonæ fidei, ut habetur *in §. actionum a. I. d. Action.*

Alterum Emptioni & Venditioni vicinum & cognatum negotium est *Locatio-conductio*: & quidem adeò, ut ei proxima esse & magnam familiaritatem habere cum ea, iisdemque Iuris regulis consistere perhibeatur *in l. 2. digest. Loc. cond.* Quod etiam ex Cajo repetit Iustinianus §. *a. I. d. Locatione & conduct.* Veruntamen, quia nullum simile est idem, hi quoque contractus inter se differunt. Nam in Locatione non agitur de re ipsa in accipientem transferenda; ut fit in Emptione venditione: sed tantùm de usu rei, pro quo datur merces, sicut in Emptione pro re ipsa detur pretium. Hinc est, quod res locata, v. g. domus, hortus, ager, servus, equus, vestis, &c. non fit accipientis propria, non enim inter contrahentes hoc agitur, neque est hæc natura istius contractus. *l. 65. convenit. digest. d. contrah. empt. l. 39. non solet. ff. Locat.* Tametsi uno alterovè casu speciali in Locatione quoque proprietas transferatur: ut exemplum est in *l. 22. item si pretio. §. cum insulam.* & in *l. 31. ff. jam d. t. Loc.* Sed res vendita fit Emptoris propria: siquidem venditor fuerit Dominus rei: nam alioquin tantùm usucapiendi conditio in Emptorem

ptorem

ptorem bonæ fidei transfertur. Præterea Actionibus quoque differunt, quod per se est manifestum. *t.t. ff.d. Act. empt. & vendit. & t.t. Locati Conducti.* Item *d.* §. *actionum Inst. d. Actionib.*

Tertiò dixi cum Emptione & venditione habere cognationem quandam etiam *Mancipationem.* Nam & hæc est imaginaria quædam venditio, teste Cajo, apud Boethium *in comm. Topic. Cicer.* Ea interveniebat olim in actibus quibusdam solennibus, ut in emancipationibus liberorum, item in testamenti ordinatione, ut explicatur *in Institut. tit. quib. mod. Ius patr. pot. solu. &* §. 1. *Inst. d. testam. ordinand.* Differunt tamen plurimum: Quia venditio est verus contractus: sed mancipatio est actus legitimus potiùs, quàm verus contractus: & imaginaria tantùm venditio, ut modò dictum est. Taceo nunc, quòd mancipatio in desuetudinem abierit: cum venditio remanserit in usu, eâque nihil sit crebrius.

Donatio denique, quantum à venditione differat, adeò est evidens, ut penè supervacuum sit, hoc admonere. Nam donatio est Liberalitas, & gratuitum quiddam, etiamsi fuerit remuneratoria, multoque hoc est evidentius in mera & propria donatione. Sed in emptione & venditione non versatur liberalitas, sed negotium geritur, quippe cum pro re detur pretium. Ideoq; in Emptione & Venditione est contractus: sed donatio separatur à contractu, in *l. Aristo. ff. d. Don.* & ibi novissimè hoc monet Giphanius *in commentar.* Præterea Donator non tenetur Donatario de evictione, si res donata fuerit fortè aliena, & per dominum ejus vindicata sive ablata à Donatario, nisi evictionem stipulanti promiserit. *l. 2. Cod. de Evictionib. Paulus lib. 5. Sentent. tit.* xi. §. 5. Sed venditor Emptori tenetur præstare evictionem. *t.t. ff. & C. d. evict.* & quidem etiam tunc, quando evictionem expresse non promisit. ut Imp. Alexander rescripsit *in l. 6. non dubitatur. C. d. Evict.* Nam quæ sunt moris & consuetudinis, ea in Bonæ Fidei judiciis debent venire, etiamsi lingua non fuerint nuncupata, ut est elegans text. *in l. 31. quod si nolit.* §. *quia assidua. ff. de Ædil. edict. & Cicer. in 3. d. Offic.* Rationem autem, quare donator non possit de evictione conveniri, quam non promisit, reddit, Paulus *lib. 5. sent. t. 11. de Donat.* §. 5. ubi vide & Cujacium.

Constitutis ad hunc modum differentiis, quibus emptio & venditio à cognatis negotiis discernitur, jam non erit difficile eam definire. Est enim *contractus, solo consensu factus, de merce Emptori à venditore tradenda* (Idem intellige in persona heredum) *& precio certo venditori ab emptore dando in nummis seu pecunia numerata.* Explicatio hujus definitionis traditur *in Institut.* indeque huc assumi & repeti potest, ut non sit necesse in ea hîc immorari. Tantùm observetur memorabilis differentia inter obligationem venditoris & Emptoris. Hic enim tenetur nummos facere accipientis proprios. at ille (venditor) obligatur tantùm ad tradendum rem venditam; non etiam ad dandum, ut dominium in Emptorem transferat: tametsi per consequentiam etiam emptor, cui res tradita est, statim fiat dominus illius, si & venditor fuerit dominus, ut est elegans text. *in l. ex empto. 11.* §. 2. *& in primis. ff. de act. empt.* Ubi etiam Gothofred. videatur. Hoc ita receptum est propter libertatem commerciorum, quæ non parùm impediretur, si priùs anxiè de Iure venditoris esset disquirendum, an etiam penes illum sit rei vendendæ dominium:

quod dominium sæpè est difficilis probationis. Accedit huc, quod nihil impedit, quo minùs etiam rem alienam liceat habere, ex eaque fructus percipere, quàm diu res possidenti à verò dominio non aufertur. Sed longè alia est conditio nummorum, in quibus consistere debet pretium in hoc contractu §. *pretium. a. Inst. d. Empt. & vend.* Accursius & Bartolus hanc quoq;; reddiderunt differentiæ rationé, (quam etiam Gothofredus retulit & probavit, *ad d. l. 11. d. Act. Empt. & vend.*) Quia venditor est debitor speciei; emptor est debitor Generis: & proinde ille gravius oneratur, quàm iste. Cum igitur magis gravetur in uno, quod scil. præstare tenetur certam rem, & eam ipsam, quam vendidit, non aliam ejusdem generis (hoc enim est *esse debitorem speciei*) meritò putetur relevandus in altero, ut non cogatur rem dare, id est, facere emptoris, quod esset alterum onus, multò etiam majus & gravius. Sed quid est *Generis debitorem esse?* Nihil aliud, quàm non debere certos aliquos nummos, sive corpora nummorum, v. g. quæ sunt in illo sacculo inclusa, quæ sunt in illa vel illa arca (hoc enim esset speciem certam debere, sive certa individua, ut vocant Logici.) Sed in genere tot vel tot nummos debere. Quæ etiam causa est, quare incendium, vel similis casus fortuitus, ære alieno non liberet debitorem. *l. 11. incendium C. si cert. petat.* ubi post alios Gothofr. quoque hoc notat. Ratio est, quia debet Genus, quod perire non potest.

An verò venditor præcisè teneatur Empori rem ipsam tradere, an verò liberetur, præstatione ejus, quod interest, antiqua est & difficilis controversia: de qua diligentissimè omnium explicat Giphanius *in commen. ad l. 4. Cod. d. Act. empt. & vend.* & in *disput. de eod. argum. habita Ingolstadii Anno* 1591.

Sed omissis in præsentia pluribus, quæ de contractu hoc dici possent; id, quod hujus legis proprium est, videamus quid scil. ex natura ejus sit præstandum, sive quid in eum veniat, quid recipiat hic contractus. Regula hæc est: *Venditum recipit dolum & culpam*: sive ut hoc paulò explicatiùs dicamus, *in venditione hæc præstanda sunt, dolus & lata culpa, ac levis culpa*: ut hic & convenit. §. *cum. a. Inst. d. Empt. & vend. in verbis, quicquid sine dolo & culpa venditoris* accidit, in eo venditor securus est. Item convenit *l. 35. quod sæpè. §. 4. digest. d. contrah. empt. in verb. talis custodia desideranda est à venditore, qualem bonus paterfamil. suis rebus adhibet: quam si præstiterit. & tamen rem perdidit, securus esse debet.* Quibus verbis describit à Caio diligentia quædam media, opposita culpæ levi, nec aliud dicitur, quàm hoc: venditorem ultra levem culpa nihil amplius teneri præstare. Similiter Alphenus in *l. pen. ff. d. peric. & commod. rei vend. Si venditor*, inquit, *eam diligentiam adhibuisset in custodienda insula, quam debent homines frugi & diligentes præstare, si quid accidisset infortunii, nihil ad eum pertinere*: h. e. Venditor ultra culpam levem præstare nihil cogitur. Atq; ita etiam intelligendum est, quod scribit Vlpian. in *l. 14. in pr. ff. de Furt.* dummodò custodiam præstet venditor ante traditionem, periculum rei ad emptorem pertinere. Hoc ergò teneamus firmiter: Perfectâ Emptione (quando autem perfecta censeatur, ex Institutionibus notum est) venditorem in re venditâ & nondum traditâ, tantùm præstare dolum, (sub quo semper in contractib. comprehendimus etiam culpam latam, quæ luxuriæ aut dolo proxima esse dicitur *in l. pen. ff. d. incend. ruin. naufr. & aliis plur. in legib. quas supra adduxi.* & levem culpam, non

etiam leviſſimam. Ratio eſt, quia in hoc contractu utriusq; contrahentium utilitas verſatur, venditoris quidem, ut conſequatur pretium pro re, quæ ei ſupererat, ſive qua abundabat: Emptoris verò, ut rem ſive mercem, quâ indigebat, habeat. Nam ob hoc inventa eſt emptio venditio, ut id quod alteri ſupereſt & nobis deeſt, comparemus, ſponſore velut interveniente nummo, propter faciliorem commerciorum rationem: ut eleganter explicatur ab Ariſt. *in 5. Ethic.* & à Paulo *in l.1.ff.d. contr.empt.* Iam verò in talib. negotiis dolus & culpa præſtatur, id eſt culpa levis, non etiam leviſſima. *l.31.in navem verſ.nam in re, quæ utriusq; cauſa &c.ff.Locat.& l.5. ſi ut certo.§.nunc videndum.verſ.ſed ubi utriusq;.ff.comm.* Vbi Vlp. disertè talibus etiam annumerat Emptum. Dicitur autem (ut hoc obiter admoneam) nunc concisè *Emptum*, nunc *Venditum*, pro eo, quod erat plenius *Emptum venditum*, vel *Venditum emptum*. Nihil enim hîc intereſt, ab utro correlativorum incipias: cum ſemper uno poſito, neceſſe ſit poni & alterum: v.g. poſito empto, neceſſe eſt poni & venditum, alioquin fieret illud Plautinum; *Emis antequam ego vendam*, quod eſt abſurdum. Si leviſſimam quoq; culpam à venditore exigeremus, fieret ipſi injuria: quia plus oneris, quàm lucri ſentiret: ſin autem ne levem quidem culpam præſtare teneretur venditor, cum culpa illius noceret alteri, quod & ipſum iniquitatis plenum foret, ut eleganter explicat Marc. Ant. Delrio *ad hanc l.noſtr. cap.9.in fin.*

Aliquando tamen fit (quæ eſt notabilis exceptio à regula.) ut venditor dolum malum duntaxat præſtet; non etiam culpam levem: nempe ſi emptor ſit in morâ accipiendi rem, id eſt ſi venditore parato rem tradere (ſicut ad id tenetur ſecundum ſuperiùs dictâ) emptor recuſaverit accipere, atque ita per emptorem ſteterit, quò minus rem habeat. Ita tradidit Paulus *in l. 5. ſi per emptorem ſteterit*, & Pomponius *in l.17.illud ſciendum.ff.de peric. & comm.rei vend.* Vbi etiam quærit: Quid juris ſit, ſi uterque moram adhibuerit, tam venditor ſcil. quàm emptor? Et reſpondet, poſteriorem moram cuique nocere: reprehensâ ſententiâ Labeonis, qui volebat moram per utrumque adhibitam emptori potiùs nocere, quàm venditori. Contra Pomponius docet, fieri poſſe, ut venditori noceat, non emptori: quod tunc accidit, quando venditor poſterius fuerit in mora. Huc pertinet regula Iuris Canonici, quâ dicitur, *mora ſua cuilibet eſt nociva. cap.25.* ubi videatur Dynus & P. Peckius, *de Regulis Iuris in ſexto.*

Superiora tunc locum habent, quando perfecta eſt venditio. *l. 1. l. 4. cum duabus ſeqq. C. d. peric. & commod. rei vend.* Quando autem perfecta ſit aut dicatur venditio, diligenter explicatur à Caio *in l. 35. quod ſæpè. §. 5. in his, quæ pondere. &c. digeſt. de contrahend. empt. & in l. 8. neceſſariò. digeſt. d. pericul. & commod. rei vendit.* juncto *princ. tit. Inſtitut. d. Emp. & vendit.* Donec igitur imperfecta eſt venditio, v. g. dum pendet dies, vel conditio, ſi res vendita ſit in diem vel ſub conditione, non poteſt emptor eſſe in morâ, ſed venditoris tota eſt culpa, adeò ut etiam præſtare debeat id, quod per leviſſimam ipſius culpam acciderit, & tantum excuſatus ſit ab eo, quod fatali damno ſive caſu fortuito vel vi majore contigerit *l.2.§.1.& l.3.cuſtodiam. ff. d. pericul. & commod.* ubi Paulus ſcribit, venditorem præſtare debere lem rei cuſtodiam, qualem præſtant, quibus res eſt commodata, & diligentiam exactiorem, quam in rebus ſuis adhiberet, quibus verbis leviſſimam procul dubio

culpam significat: hanc enim supra diximus commodatario præstandam esse. Et præstat venditor levissimam quoq; culpam non semper neque indistinctè & quovis casu (alioquin hoc repugnaret superiori regulæ, quâ dictum est, eum non nisi levem culpam præstare.) Sed tunc quando nondum est perfecta venditio, puta, cum vinum ea lege, venditum est, ut admetiretur, si quid ante diem admetiendi factum sit: Itemque est etiam in aliis rebus, quas solemus admetiri, imò etiam, quas annumerare & appendere. *d. l. quod sæpè. 35. §. in his quæ pondere. ff. d. contrah. empt.* Neque hîc ulla fit injuria venditori: nam sibi debet imputare, & de se ipso conqueri, qui sic vendiderit, cum posset aliter sibi consulere.

Præterea etiam is venditor omne periculum præstare debet, quamvis ex levissima ipsius culpa processerit (non tamen ex casu fortuito) qui custodiam rei venditæ in se recepit, (expresso sc. pacto) & promisit emptori, usque ad traditionem. §. *cum. a. vers. quod si Institut. d. empt. & vend.* Ratio posita est in vi pacti seu conventionis.

Sed quia in rebus, quæ pondere, numero & mensura constant aliquid peculiare, & major quædam difficultas est, quàm in cæteris rebus; faciendum omnino videtur, ut de his seorsim explicetur, per necessarias distinctiones ex ipsis legibus desumptas. Sunt autem hujusmodi res, v.g. vinum, oleum, frumentum, argentum, & similia, quorum alia appendimus, alia adnumeramus, alia admetimur in vendendo. In talibus igitur rebus ita distinguendum est. Vel venduntur illæ res aversione, vel non. *Aversione sive per aversionem* ea dicuntur *vendi* ab Vlpiano *in l. 4. si quis vina. §. 1. & 2. digest. de pericul. & commod. rei vendit.* quæ universaliter uno pretio venduntur, quasi cumulatim & acervatim, quantæ & quotcunque fuerint, quod Græci vocant ἀθρόως, Germani, vber haupt verkauffen. Ita explicat Caius *in d. l. 35. §. in his quæ pondere. & §. seq. ergò & si grex. digest. d. contrah. empt.* Modestinus etiam vocat *rem in aversione emptam, in l. 62. qui officii. §. f. digest. eod. titul.* & videatur de hac formula Cujacius *lib. 8. Observat. cap. 15. Item in Notis ad Instit. t. de Empt. & vendit. Non aversione vendi* res dicuntur; quando non uno pretio venduntur, sed singillatim, puta pretio statuto in singulas amphoras vini in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti: denique in singula corpora sive capita gregis annumerata. *d. l. 35. §. in his quæ pondere*: Atque hæc distinctio apertè etiam indicatur ab Alexandro Imp. *in l. 2. C. d. peric. & comm. rei vend.* Vbi separat venditionem, in qua singulæ amphoræ vini certo pretio constituto veneunt, ab illa, in qua universum, quod in horreis positum erat, sine mensura venit. Similiter etiam Locatio duobus istis modis fieri potest: nempe, ut vel aversione opus faciendum locetur, vel ut in pedes vel mensuras merces præstetur: quæ est distinctio Florentini *in l. 36. opus. ff. Locati* & Africani *in l. præced. eod. t.* & indicatur etiam à Iavoleno *in l. 51. ea lege. §. 1. ff. eod. t.*

Videamus primùm de rebus per aversionem venditis. Secundò de rebus, quæ non per aversionem venduntur, quid tam in his, quam in illis sit Iuris, quò ad periculi præstationem. Igitur, si res *per aversionem* venierit, id est acervatim uno pretio omne vinum, omne oleum, omne frumentum. &c. quantumcunq; fuerit, simul taque venit, si nihil convenit de gustatione vini, vel de periculo præstando, periculum

culùm in emptorem transit; utpote statim perfectâ emptione & venditione per consensum de pretio & merce. *d. l. 35. quod sæpè. §. in his. & l. 62. qui officij. §. fin. ff. de contrah. empt. & l. 4. §. si aversione. ff. de pericul. & com. l. 2. §. Cum autem. Cod. eod. titul.* Idemque dicendum est, si convenerit, ut vinum degustaretur, (quod tamen rarò fit, & difficile est, ut quis ita emat.) Veruntamen, si quis ex magna fiduciâ erga venditorem sic emat sine degustatioue, periculum statim erit emptoris. Si verò aliquid, (ut plerunque fit,) de gustatione facienda inter emptorem & venditorem convenerit; siquidem ut intra certum diem emptor gustaret, non poterit cogi, ut ante illius diei adventum gustet; nam dies præstitutus meliorem facit conditionem emptoris. *l. 4. §. 1. in fin. ff. de pericul. & com. rei vend.* Sin autem simpliciter, id est, nullo præfinito die, poterit emptor, quandocunque volet, degustare. Vtroque autem casu ante degustationem periculum pertinebit ad venditorem. Ratio est, quia hîc videtur esse venditio conditionalis, quasi sub hac conditione facta, si gustata merx placuerit emptori. *arg. d. l. 35. §. 5. in his. in fin. ff. de contrah. empt.* Iam verò conditionalis venditio non potest dici perfecta, quamdiu conditio est in pendenti: hæc enim est natura & vis conditionis appositæ, ut suspendat actum *§. sub conditione. I. de verb. oblig.* Et conditionales venditiones tunc demùm perficiuntur, cum impleta fuerit conditio, ut eleganter docet Vlpianus *in l. 7. hac venditio. in pr. ff. de contrah. empt.* Sicut etiam in heredum institutione. *t. t. ff. de condit. instit.* Illud tamen, quod dixi, de periculo ante degustationem pertinente ad venditorem, videtur hanc limitationem recipere, nisi Emptor fuerit in mora, cum esset abmonitus de degustatione faciendâ. Mora enim sua cuique debet esse nociva, ut suprà dictum, ex *l. 15. si vina. ff. de peric. & com. rei vend.* Quod etiam Delrio *hic* admonet.

Secundò: Si *non per aversionem* venditum sit, v. gr. vinum, oleum, &c. sed certo pretio in singulas amphoras, vel singula dolia, nominato constituto, siquidem aliquid convenerit de periculo, id servabitur, sive ad mensuram, id est, ut admetiatur vinum, sive non ad mensuram venierit. Si nihil convenerit, & res venierit ad mensuram, id est, eâ lege, ut admetiretur: periculum spectabit ad venditorem usque ad tempus admetiendi. Nam ante non videtur perfecta venditio, sed propè est, quasi res nondum venisset. Si non ad mensuram, id est, absque pacto admetiendi, res venierit, periculum erit venditoris usque ed tempus degustationis, quia tum demum plenissimè videtur venditum, cum fuerit degustatum. Videatur *l. 1. ff. de per. & comm.* juncta *l. 2. C. eod. t.* & tabella, quam fecit hac de re Marc. Ant. Delrio *ad h. l. n.* Quid si Emptor signaverit vasa vel dolia? videtúrne facta traditio, ita ut jam periculum sit emptoris? Putabat hoc quidem Trebatius, sed reprehensus est à Labeone, cujus sententiam magis probat Vlpianus in *d. l. 1.* quia obsignatio non tam solet fieri in hunc finem, ut res per eam tradatur; quàm ne quid submutetur. Ratio differentiæ, cur, inquam, periculum vini per aversionem venditi statim sit emptoris, postquam de pretio convenit, nec pertineat ad venditorem usq; ad tempus degustationis, sed altero casu singulis doliis vel amphoris venditis suo pretio, venditor sustineat periculum usque ad degustationem; hæc reddi po-

test: Quia rarò solet degustare is, qui per aversionem emit, sed contentus esse plerunque rebus qualescunque fuerint, bonæ, malæ, mediocres, &c. Qui verò vinum ad mensuram emit, id est per amphoras, vel dolia singula, is plerunque non sine gustatione emit. Illud probè notandum est; *periculum*, de quo agitur, sub *tit. de peric. & comm. rei vend.* intelligendum esse, ut plurimùm de tali periculo & damno rei, quod ex naturali vitio illius procedit, ut est v.g. mucor, vel acor, item effusio in vino; non autem de damnis aut periculis aliis, quæ non ex rei natura, sed extrinsecus casu aliquo fortuito, vel fatali damno seu vi magnâ, accidunt: hujusmodi namque damna ad emptorem spectant, postquam de pretio convenit, etiam pendente adhuc conditione, in venditione conditionali. *l. 10. si in venditione. & l. seq. ff. de peric. & comm. l. 5. C. eod. t.*

Sed huic sententiæ valdè obstare videtur *l. 33. si fundus. vers. nam etsi vendideris. ff. Locati. & l. 12. lectos, cum duabus legib. sequentibus. ff. de peric. & commod.* ubi disertè scriptum est, periculum pertinere ad venditorem, v. gr. si fundus fuerit publicatus priusquàm vacuus traderetur, & venditor tenetur casu hoc, ex empto. *d. l. 33.* similiter venditoris erit periculum lectorum, quos concidit Ædilis, cum in via publica positi essent, si neque traditi sint emptori, neque in mora fuerit emptor, quò minus traderentur. *d. l. 14. quod si. in pr. ff. de peric. & com. rei vend.* Respondendum est: cum dicitur, periculum rei venditæ casu peremptæ ante traditionem, pertinere ad venditorem: & tamen alibi dicitur, idem esse emptoris: utrumque verum est, sed diverso tamen respectu & modo. Nam venditoris quidem est periculum eo respectu, ut pretium rei peremptæ neque exigere possit ab emptore, & jam exactum atque acceptum reddere cogatur repetenti. *dict. l. si fundus. 33. ff. Locat. & arg. l. f. ff. de condict. causa data, causa non secuta.* Emptoris autem periculo res est, si ante traditionem casu aliquo fortuito fuerit perempta, eatenus & hoc respectu, quod non potest convenire venditorem ad præstandum id quod interest ipsius pluris, id est, ultra pretium rei, rem habere licere. *dict. l. 33. vers. quod hactenus. digestis Locat.* Pretium, inquam, vel retinet, si nondum solvit venditori, vel repetit ac recuperat, si jam dedit. Sed quod ultra precium sua fortè interest, rem habere, id non consequitur. Sæpè autem fit, ut plurimum intersit emptoris, rem habere potiùs quàm ejus pretium; quod interesse, quia non potest emptor petere à venditore: idcircò dicitur ad ipsum quoque spectare periculum rei peremptæ ante traditionem. *Videatur Cujacius tract. 8. ad Africanum.* Dices: Immò & pretium amittit hoc casu emptor, non tantum id, quod interest, non consequitur. *§. ultim. Inst. de empt. & vend. l. 8. de peric. & comm. rei vend. & l. fin. C. eod. tit.* Respondeo: Hos textus loqui de stricto jure: sed Africanum *in dict. l. 33.* respondere de æquitate. Stricto, inquam, jure emptor etiam pretium perdit: sed ex æquitate id retinet vel recipit ac salvum habet, re peremptâ. Ita Cuiacius & Gothofredus hos textus conciliant: quos & Henricus Bocerus sequitur.

Rursum quæret quispiam, cur periculum agrorum seu prædiorum, partim distractorum, partim pro præmio assignatorum militibus veteranis, ex præcepto Imperiali, alibi negatur pertinere ad venditorem, qui nihilominùs possit pretium prædio-

prædiorum illorum petere, ut respondit Paulus *in l. Lucius Titius. 11.ff.de evict.* Dicendum est, hoc ideò ibi fieri, quia traditio prædiorum jam facta fuerat emptori, ut rectè ibi observavit Cujacius post Azonem. Si distractio illa & assignatio fuisset facta ante traditionem, tum verò ad venditorem pertinuisset periculum, nec pretium illorum prædiorum petere potuisset. Nunc autem, quia illi casus acciderunt post contractam emptionem, ut loquitur Paulus *in d.l.11.* id est, post eam traditione consummatam, periculum dicimus esse emptoris; ita ut cogatur & re & pretio carere. Iohannes tamen, antiquus Glossator, ita conciliabat *d. l. 11.* cum *l.33. ff. Locati.* ut diceret, *in d. l. 11.* fundum esse publicatum ex delicto & culpa emptoris, ideoque hujus esse periculum; sed *in d. l. 33.* publicationem esse factam ex delicto venditoris. Quam solutionem retulit Accursius *in d.l.11.* post alteram solutionem Azonis: quæ Azonis procul dubio est verior & melior.

Dictum est de venditione quid in ea præstetur. Quia verò Permutatio cum venditione magnam habet similitudinem; ideò quæ de venditione diximus, eadem etiam videntur, præstanda in Permutatione, *arg. l. 2. Arist. ff. de rerum permut.* Diversum est in æstimatoria actione, in qua etiam casus fortuitus videtur præstandus *l.1.§.fin.ff.de æstimator.act.& l.5.sicut certo.§.& si forte.3.ff.commod.*

De Actionibus empti & venditi, & de affinibus remediis videri possunt classes Oldendorpii, & Giphanius *in disputat.de his Actionibus Ingolstadij habitâ*, quam suprà quoque non semel laudavi: adirique potest Donellus *in Comment.juris civil.* Nos hîc in explicatione illarum immorari nimis longum & quodammodo alienum foret. Illud summatim admonendum est: Ex contractu Emptionis venditionis duas præcipuas oriri actiones: unam *venditi*, sive *ex vendito*; alteram *empti*, sive *ex empto*: quarum illa datur venditori adversus emptorem, ad consequendum præstandumque inprimis rei pretium venditæ, & ad usuras ex mora, & si quos sumptus in rem venditam fecerit ante traditionem, ut eos recuperet: denique ad implendum & præstandum id, de quo inter contrahentes convenit, vel quod fert natura hujus contractus. Altera datur emptori contra venditorem, inprimis ad rem tradendam, sive ut liceat emptori rem habere, sive vacuam ejus possessionem. Quod si evicta fuerit, ad præstandam autoritatem (unde sæpè in Iure pro venditore *autor* usurpatur. *ff.& Cod.t.de Evict. & alibi.*) Venit etiam in hanc actionem id, quod interest emptoris rem habere, item id, quod in conventionem est deductum. Vtraque autem harum actionum est in persona (utpote ex contractu) & est bonæ fidei, & directa sive principalis, & datur tàm heredibus, quam contra heredes. Plenior horum omnium explicatio ex dictis Interpretibus petatur. Videatur etiam *l.11.ex empto.* & *l. Iulianus.13. §.ex vendito. ff. de Act. empti.*

CAPUT

CAPUT OCTAVUM.

DE PIGNORE.

PIgnus quoque est ex eorum numero Contractuum, qui fiunt ad utriusq; utilitatem, ut mox intelligetur. Quocirca rectè & ordine fecit Vlpianus, cum venditor statim subjecit pignori acceptum, docens, quid in eo sit præstandum. Quod priusquam cognoscamus, initiò pauca sunt præmittenda, & primò quidem de vocabulo: tum de differentia pignoris & hypothecæ: & denique quotuplex sit pignus.

Ad Vocabulum quod attinet (ab hujus enim interpretatione ordiendum esse Vlpianus quoque nos monet, suo & præcepto & exemplo *in l. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet.*) pignus à pugno appellatum est, si Cajo credimus in *l. 238. plebs est. §. 2. pignus. ff. de V. S.* quia scil. res, quæ pignori datur, manu traditur, & pignus propriè est rei mobilis. Dn. Giphanius in *Tractatu de pignorib.* derivabat pignus ab antiquo verbo *pigneo*, quod ait significasse necto vel firmo; cujus *rei fides penes autorem sit.* Ego id nusquam legi. Duæ autem sunt hujus verbi notiones, Nam interdum usurpatur pignus de ipsa re, quæ creditori datur securitatis causa. Sic dicitur passim debitor dare pignus, & creditor accipere pignus: item vendere vel distrahere pignus. *§. f. in f. quib. mod. re contrah. oblig. in verb. qui pignus accepit. & l. 8. si necessarias. §. si annulo. in verb. acceperim pignus. ff. de pignorat. act.* sic *in l. 6. §. f. in verb. qui dederit pignus. §. item Serviana. vers. nam pignoris. Inst. de Action. t. t. ff. & C. de distr. pignorum: & plurimis aliis in locis.* Aliàs pignus usurpatur de contractu, qui re fit, ut *d. §. fin. Inst. quib. mod. re contrah. & l. 1. §. creditor. ff. de oblig. & act. l. solutum. §. 2. si quasi daturus. in verb. ob quam pignus contract. ff. de pignerat. act. l. 1. fin. in verb. rectè pignus à muliere contra: ff. de pignorib.* Atque ita etiam *in h. l. nostra* verbum pignoris accipiendum est, ut apparet satis ex principio legis.

Secundò diligenter discernendum est pignus ab hypotheca. Neque enim frustra hæc duo separantur in ipsa inscriptione *tit. de pignorib. & hypothecis*, tàm in C. quàm in D. ut etiam in aliquot seqq. titulis. & Papiniano *in l. 2. ff. de pignor. in verb. qui pignora vel hypothecas suscepit.* Etsi enim, ut Martianus ait, inter pignus & hypothecam tantùm nominis sonus differt, *l. 5. res hypothecæ. §. 1. ff. dict. tit.* (nempe quia alterum sit Latinum, alterum Græcæ originis, sed usu tamen factum Latinum, ut sunt multa alia ex Græcia in Latium traducta nomina, de quibus alibi ex professo tractatur.) tamen hoc Imperator rectè restringit & limitat *in §. item Serviana. Institut. de Actionib.* quantum scil. attinet ad actionem hypothecariam: quam quidem etiam ipsius Martiani mentem fuisse apparet satis ex inscriptione *d. l. 5.* quæ sumpta ex libro singulari Martiani ad formulam hypothecariam. Nihil aliud autem est formula hypothecaria, quàm actio hypothecaria, quæ etiam Quasi Serviana dicitur *in d. §. item Serviana. Instit. de Actionib.* Dicitur etiam utilis

Ser-

Serviana *in l.1.C. communia de legatis & fideicom.* In hac, inquam, actione sive quò ad hanc nihil interest, sive pignus sive hypotheca inter creditorem & debitorem fuerint contracta. Hinc non sequitur, ergò nulla prorsus est differentia inter pignus & hypothecam: Committitur enim hîc fallacia, quæ vulgò appellatur à dicto secundùm quid ad dictum simpliciter. Immò in aliis rebus differentiam inter hæc duo esse fatetur ipse Iustinianus *d. loco in §. item Serviana.* Differentia autem inter pignus & hypothecam non est una: I. differunt toto genere. Nam pignus est contractus, & quidem ex eorum genere, qui re fiunt. *§. fin. Inst. quib. mod. re contr. & l.1.§. creditur. ff. de obl. & act.* Hypotheca verò non est contractus propriè loquendo, sed est pactum, sive nuda conventio: quæ Iure prætorio sustinetur, ut & ipsa pariat actionem. *l.4. contrahitur. ff. de pign. l.17. si tibi decem. §.2. de pignore. ff. de pactis. & l.33. non solum. §. qui pignori. vers. planè. ff. de usucap.* II. Pignus propriè dictum est, quando res simul traditur creditori à debitore; sed hypotheca propriè significat rem, quæ sine traditione tenetur nuda conventione. *dict. §. item Serviana. vers. nam pignoris. Inst. de Act.* Horum prius dicit Guntherus *lib. 8. Ligurini vers. 593. Vadio dare*; posteriùs *Vadio supponere.* Galli quoque lingua sua materna *Vuadium* appellant, procul dubio à Vade. Nam fidei optimus vas est res pignori nexa: quod rectissimè monuit Cujacius *in Parat. C. ad tit. de pignorib. & hypothecis. pag. 642.* III. Hinc sequitur, quod pignus possidetur à creditore, & quidem quoad omnes alios effectus, tantùm exceptâ causâ usucapionis. *l.36. qui pignoris causa. ff. de acquir. vel omitt. poss. l.13. pignori. & l.16. servi nomine & l.33. non solùm. §. qui pignori. ff. de usucap. l. pen. §. creditor. & ibi Accursius in verb. possessor. ff. qui satisdare cog. l. 35. cum & sortis. §. 1. ff. de pigner. actione.* adeò, ut creditor videatur possidere per debitorem illo quoque casu, quo debitor conduxit pignus à creditore. *l. res pignoris. 37. ff. de acquir. poss. d. l. non solùm. 33. § fin. ff. de usucap.* Sed hypothecæ possessio manet penes debitorem, qui tantùm nudo pacto rem obligavit, non etiam tradidit creditori. *l. si rem alienam. 9. §. propriè. ff. de pignor. act.* IV. Differunt quoad actiones. Nam ex pignore oritur actio tàm in personam, quàm in rem: ex hypotheca verò tantùm oritur actio in rem. Quæ ex pignore datur actio in personam, ea vocatur actio *pignoratitia* (& interdum *judicium pignoratitium.*) estque duplex directa, quæ datur debitori, & contraria, quæ datur creditori. Vtraque est civilis, & bonæ fidei. De hac agitur *t. t. ff. & C. de pignor. act.* Quæ verò ex pignore datur actio in rem, vocatur *vindicatio pignoris. l. si fundus. 16. §. in vindicatione. 3. ff. de pign.* Dicitur etiam *persecutio pignoris* in *l. pignor. 17. eod. t.* Vocatur & *hypothecaria*, & *q. Serviana*, & *utilis Serviana. d. §. item Serviana. Inst. de act. & d. l. 1. C. communia de legat.* Præterea pignoratitia actio utrinque, uti dictum, est bonæ fidei; sed hypothecaria est stricti juris, vel arbitraria, ut rectè monet Ant. Contius *hic.* V. Differunt etiam præstationibus. Nam in pignore creditor cogitur præstare dolum & culpam, videlicet levem: sed in hypotheca, id est, pignore non tradito, sed tantùm conventione constituto, creditor tantùm de dolo tenetur, sub quo etiam lata culpa comprehenditur, non levis: custodiam verò rei nullam præstare cogitur, ut idem Contius *hic* admonet, & post eum M. Ant. Delrio. Sed hoc infrà pleniùs explicabitur. Illud autem commune habet pignus & hypotheca, quod utriusque obligatio est accessoria. *l.4. contrahitur. ff. de pignor.*

in verb. propter aliquam oligationem intellige principalem perinde ut & fidejussoria obligatio accessoria est. *l.1. & l.6. §. fin. & l.16. fidejussor. §. fidejussor accipi. 3. ff. de fidejussorib.* Ex quo sequitur, ubi nulla sit principalis obligatio (si non civilis aliqua & efficax ad agendum, quæ producit actionem, saltem naturalis, cujus alii sunt effectus, licet actionem non producat, ut compensatio, ut retentio, ut impedimentum condictionis indebiti, item constitutum & novatio &c.) ibi neque accessoriam obligationem pignoris vel hypothecæ validam aut utilem esse posse, quia accessorium sine principali non subsistit. *l. cum principalis. h. t. de R. I.* & *c. accessorium.* ubi Dynus, Peckius & alii, *de R. I. in 6.* Præterea in eo conveniunt, quòd quæ res pignori dari nequeunt, in illis nec hypotheca constitui potest. *l.11. si is qui bona. §. fin. ff. de pignor.* ubi exemplum affertur in juribus sive servitutibus prædiorum urbanorum, quæ nec pignori dari possunt, nec hypothecâ obligari: qua de re ibi post veteres videatur Gothofredus. Denique conveniunt in eo, quod statutum loquens de pignore, etiam de hypotheca intelligendum sit, & vice versa, *Neguz. in tract. de pign. p.1. n.8. & 9.* quod & Wes. probat. *in ꝓ. ff. de pig. & hyp. n.3.* tametsi contrarium senserit Bartol. *in l. si rem. §. propriè. ff. de pig. act.*

Nunc tertio loco videndum est, quotuplex sit pignus. Ideò autem hoc in loco necessaria est explicatio divisionis, ut tantò rectiùs intelligatur regula nostra de præstationibus, sive ad quid in uno quoque pignore præstandum creditor obligetur, neque enim in quovis genere una eademque est præstatio, sed alia atque alia.

Pignus primâ divisione aliud est *privatum*, aliud *publicum*. *Privatum* est, quod privatæ tantùm rei causâ & inter privatos constituitur, sine autoritate publicâ. *Publicum* est, quod constituitur interveniente autoritate publica, sive id fiat rei privatæ sive publicæ causa. Deinde pignus privatum subdividitur in *conventionale* & *legitimum*, quod alii vulgò vocant *legale*. *Conventionale* pignus est, quod conventione contrahentium constituitur, eaque vel expressâ vel tacitâ, sive quod ex conventionibus & pactis hominum nascitur, ut loquitur Imp. *in l.2. Cod. de præt. pig.* Huc referri potest etiam *pignus testamento constitutum*, quando scil. testator rem aliquam creditori suo pignori esse jubet. Exempla sunt in *l.26. non est mirum. ff. de pig. act.* & in *l. Luc. Tit. 12. ff. de alim. leg.* Vbi patronus libertis suis proponitur legasse cibaria & vestiaria annua, pro iisq; prędia sua pignoris jure obligasse. Videatur etiam *l.9. fundus. de ann. legat.* & *l.8. cum hi §. si vni 15. in fi. ff. de transf.* Nam in his quoq; pignoribus testamentariis versatur conventio, & consensus duorum vel plurium, nempe testatoris & heredis & legatarii vel legatariorum. Sicut enim testamenti factio à voluntate dependet testatoris, ita etiam aditio hereditatis à voluntate heredis, & agnitio legatorum à voluntate legatariorum pendet. *Legitimum* pignus est, quod constituitur lege & ipso jure, i.e. sine facto hominis. Sic uxor habet obligata omnia bona mariti, pro dote illata. *l. un. §. & ut plenius. C. de rei ux. act. l. assiduis. in fi. C. qui potior in pig. hab. l.29. ubi & l.30. in reb. C. de jur. dot. §. fuerat. I. de act. vers. sed etiam tacitam.* de quo & infrà nonnihil attingendum erit *c. X. ubi de Dote.* Si pupilli obligata habent bona suorum tutorum, & adolescentes curatorum. *l.20. pro officio. C. de adm. tut.* de quo *sub c. XI. de Tutelis.* Sic liberi pro bonis maternis tacitas habent hypothecas in quibusdam certis casibus in bonis patris. *l.8. si quis prioris. §. f. C. de sec. nupt.*

nupt.l.6.cum oportet.C.de bon. quæ liberis. Sic legatariis & fideicommissariis ipso jure obligantur bona testatoris pro conservandis & consequendis fideicommissis vel legatis. *l.1.Cod.communia de legat.&§.1.vers.nostra autem constitutio.Inst.de legat.* Plura exempla videri possunt *in t.In quib. causis pignus vel hypoth.tacitè contr.* & ibi Hot.

Publicum pignus est, quando vel rei judicatæ exequendæ causa pignus capitur, vel contumaciæ coërcendæ. Exempla sunt in *l.9.si ex causa jud.in pr.ff.de min.25.an. l.3.§.1.ff. de reb. eor. qui sub tut.l.1.l.2.& tt.C.si in causa jud.pig.capt.sit.§.quib.const.I.de satisd.tut.vel cur.* ubi pignorib. captis coërceri jubentur tutores & curatores, si non satisdent, rem pupilli salvam fore. Sic *l.1.§.3.quid ergò.ff.de ventr.insp.* duo recensentur remedia prætoria, quibus cogitur quis in Ius sive ad Prætorem venire, & ad interrogata respondere, nempe ut vel pignora capiantur, & distrahantur, vel ut mulctâ coërceantur. Primum, inquam remedium est pignoris capio: Alterum est mulctæ dictio. Atque his remediis olim solebant & Sen.Rom.coërceri qui in senatum venire sine justa causa recusassent, teste Cic. *lib.3. de Ora & Phil. alterâ.* Huc pertinet quoque pignus *prætorium*, quod cur privatis annumeret Delrio, causam nullam video. Est autem *pignus prætorium*, quod constituitur missione in possessionem puta legatorum servandorũ causa, vel damni infecti. *l.3. §.1.ff.de reb.eor.qui sub tut.vel cur.d.l.non est mirum.26.ff.de pig.act.l.1.ff.quib.ex caus.in pos.eat. l. 12. misso. ff. pro empt.* ubi disertè dicitur pignus prætorium, quando legatarius in possessionem missus est, quod etiam habetur *in l.3.C.ut in pos. leg.&c. & tit. C. de præt.pig.* Est autem notabilis differentia inter pignus *Prætorium* & *Conventionale*: quod pretorium non aliter constituitur, quam inductione in rem ipsam, id est, non nisi post jussum magistratus etiam in poss. ventum fuerit: sed conventionale etiam absq; inductione. Quod discrimen rectè animadvertit Accursius *ad l.2.C.qui pot.in pig.* Est & alia differentia inter pignus Conventionale & Prætorium quod in prætorio tantùm præstatur dolus. *l.9.prætor ait.§.Est præterea.ff.de R.A.jud.poss.* In conventionali verò dolus & culpa, ut mox explicabo. Rectè hoc admonuit Ant. Con.ex *d.l.9.prætor.* in qua lege fundus est hujus differentiæ,

Quæritur hic: Idemne sit pignus *judiciale* & *prætorium*, an verò differant? Et verius est, propriè loquendo, differre: ut Prætorium sit pignus, quod constituitur ex decreto prætoris, quo quis in poss. missus est: Iudiciale, quod constituitur ex causa judicati cum quis à judice ex sententiâ in poss. mittitur. *Accurs. in gl. l.2. in verbo inducti.C.qui pot in pig.* ubi sub finem addit, etiam prætorium pignus posse dici judiciale: quod idem etiam repetit ex Azon. *ad l.2.C. de præt.pig.* Sed de horum duorum differentiis plura videri possunt apud D.Vultej. *lib.1.Iurisp.Rom. c.34.* & apud Giph. *in Com. de Divis.juris.*

His ita præmunitis deinceps videamus & excutiamus regulam, quæ ex textu legis nostræ aliisq; locis sumi potest talis: *Pignori acceptum recipit dolum & culpam.* Sensus hic est: Creditor, qui pignus sibi traditum accepit, ex naturâ hujus contractus obligatur debitori, ad præstandum dolum malum, latam culpam, & levem culpam. De levissima verò culpa non tenetur, multoq; minus de casibus fortuitis, seu vi maiore. Idem dicitur non tantùm *hîc* ab Vlp. sed etiam ab Imp. *in §.fin. Inst. quibus modis re contr. oblig.* & ab eodem Vlpiano *in l.5. §. nunc videndum. vers. sed ubi*

ff.commod. & *in d.l.9.§.est præterea.ff.de R.A.jud.poss.item in l.13.si cum venderem.§.fin.* cum *leg.seq.ff.de pig.act.* Vbi ait Vlpianus: *Venit in hac actione* (pro *in hanc actionem*: more veterum, qui sæpè pro accusativo uti solent ablativo: Et *Actionem* hîc intellige pignoratitiam directam) *& dolus & culpa, ut in commodato, venit, & custodia, vis major non venit:* & subjungit Tribonianus ex Paulo *in l.14.Ea igitur, quæ diligens paterf.in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur.* Quibus verbis excluditur levis culpa, quæ à creditore abesse debet. Rursus idem Vlp. *in l.25.si servos. eod.t.* scribit, creditorem præstare dolum & culpam: eaq; duo non pati, ipsum negligere rem pigneratam. Consentit Paulus *in l.30.qui ratiario, in fin. in verb. culpam duntaxat ei præstandam, non vim majorem. d.t.de pign. act.* Consentiunt etiam rescripta Impp. Alexandri, Gordiani & Philippi *in l.4.5.6.7. C.de pig. act.* ubi creditor non aliter tenetur, quàm si culpa vel segnitia aliqua ipsi imputari possit: Si, inquam, culpæ reus deprehendatur: alioquin periculum amissorum pignorum sive quæ fortuitis casibus accidunt, ad ipsum minimè pertinere dicuntur. Denique congruit cum his omnibus rescriptum Diocletiani & Maximiani *in l.19.sicut.C.de pign.* ubi creditor cogitur exhibere dolum & culpam: sed vim majorem præstare non habet necesse.

Quæri potest, An eadem regula valeat etiam in hypotheca? Respondeo: Non aliter valet, quàm si possessionem eius nactus fuerit creditor. Nam si nudâ tantùm conventione res obligata teneatur, nec possessio fuerit ipsi tradita, creditor de dolo tantùm tenetur, nec ullam custodiam pignoris non traditi debet, cum vix locum hîc habeat aliqua culpa.

Ratio regulæ, cur inquam, creditor regulariter ultra culpam levem nihil præstet, hæc est, quia pignus datur utriusq; gratiâ & debitoris & creditoris. Debitoris quidem, quò magis ei credatur pecunia. (Sæpè enim non possumus vel ab amicis nostris, ne dum ab aliis, impetrare mutuum, nisi oppositis pignorib. Tanta est hominum avaritia & perfidia & diffidentia: quò allusit Martialis, hoc epigrammate:

Cum rogo te nummos sine pignore, non habeo, inquis:
Idem, cum pro me spondet agellus, habes.
Quod mihi non credis veteri, Telesine, sodali,
Credis colliculis arboribusq; meis.

qua de re & Seneca alicubi conqueritur.) Creditoris autem, quò magis ei in tuto sit creditum. Plus enim est cautionis in rem, quàm in personam, ut habet regula Iuris *in l.28.h.t.* & tutius est, rei incumbere (sicut licitum creditori incumbere suo pignori, quoad sibi fuerit persolutum. *l.fin.vers.licet.C.de prat. pign.*) quàm in personam agere. Fieri namq; potest, ut inanis sit actio personalis, quam excludat inopia debitoris. *l.6. Nam is nullam.de dolo malo.* Iam verò in contractibus utriusque utilitatem respicientibus præstatur dolus & culpa: ut jam notum est, *ex dict. l.5. nunc videndum. vers.sed ubi utriusq;.ff.commodati.*

Ex his facilè refelli potest ratio dubitandi, quæ esse poterat: Immò pignus creditoris causâ tantùm dari, ut sc.ipsius securitati consulatur. Deinde creditorem habere spem, quod pignus ipsius proprium aliquando fieri possit, nempe si debitor in solutione cesset. *t.t. C. de jure dominij impetrando.* Ex quo dicendum videbatur, creditorem etiam de culpa levissima teneri. Sed hoc negandum est, quod

pignus detur ad solius creditoris utilitatem. Datur enim ad utriusque commodum, ut diserte scribit Imp. *in dict. §. fin. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Deinde creditor accipit pignus, non tam spe dominii, aliquando in eo impetrandi, quàm metu damni, in quod incursurus esset, si debitor non solvat. Vt taceam nunc, quod non statim dominium pignoris impetrari potest à creditore, sed potiùs aliis vendendum est. *t.t. de distr. pign. ff. &* C. Illud autem pacisci planè prohibetur à Iure, ut debitore non solvente, pignus creditori sit commissum, daß jhm das Pfandt verstanden sey / quod vulgò appellant *pactum legis commissoriæ & Iudaicum*, prohibitum à Constantino Magno *in l. fin. C. d. pact. pign.* de quo aliquid dixi etiam *in partit. jur. Feud. lib. 1. cap. XI. Quæst. 4.*

Exceptio regulæ una & altera notari potest. Prima est *in l. 5. quæ fortuitu. C. d. pign. act.* ubi periculum casuum fortuitorum in pignoribus pertinet ad creditorem, si inter contrahentes hoc placuerit, hoc est, si tale pactum fuerit interpositum, inter creditorem & debitoré, ut amissis pignoribus debitor liberaretur. Ratio exceptionis posita est in vi pacti: quo effici potest, ut creditor de casu fortuito & vi majore teneatur, de quibus aliàs regulariter non teneretur. Sibi enim imputet, qui sic pactus fuerit, Cùm posset non pacisci, sed jure uti communi. Altera exceptio est: nisi culpa casum præcesserit. Exemplum habemus *in l. 30. qui ratiario. ff. d. pign. act.* ubi creditor, qui pecuniam mutuam dederat ratiario, hoc est ei, qui ratem in flumine exercebat, debitore ad diem præstitutum non solvente, ipso invito ratem eius suà autoritate detinuit, præstat periculum ratis, quam flumen fortè auctum abstulit. Hoc enim generale est, ut ubicunque casum & vim majorem præcessit culpa, hanc præstare debeat is, cuius fuit illa culpa præcedens, quæ occasionem præbuit illi damno subsecuto. *Gail. lib. 2. obs. 21. n. 5.*

Addunt quidam & tertiam exceptionem: nisi pignus datum sit soliùs creditoris gratiâ, nempe ut is pecuniam suam in tutum redigeret, sive benè collocaret; paratus, etiam sine pignore pecuniam credere amico roganti, tunc enim volunt, eum etiam levissimam culpam præstare debere, quam putant significari per vocabulum *custodiæ*, in *l. 13. si cum venderet. §. f. digest. de pignor. action.* & in *l. 19. sicut Cod. d. pignoribus.* Ita Cuiacius *lib. 19. Obs. c. 24.* eumque secutus noster amicus Clariss. Henricus Bocerus *ad hanc legem*: Quam sententiam non improbat etiam Anton. Delrio. Sed hæc exceptio est juris Controversi. Nam alii putant, aliter responderi posse ad *dd. ll.* Et quidem quod attinet ad *d. l. 19. C. d. pignor.* ajunt ibi *custodiam* poni non pro exactissimâ, sed pro exactâ diligentiâ, sive mediocri, quæ opponitur levi culpæ: quasi dicerent Impp. creditor præstare debet culpam non tantùm in omittendo, sed etiam in committendo sive faciendo; vel, ut clariùs dicam, non tantùm in pignore non debet esse negligens, verùm etiam oportet, ut sit diligens: quorum posterius custodiæ verbo exprimitur ac requiritur. Secundò, quod attinet ad *dict. l. 13. § 1. ff. d. pignor. action.* ubi ait Vlp. in pignoratitia actione directa venire & dolum & culpam, ut in commodato: venire & custodiam; de *custodia* quidem eadem est solutio, quæ ad *d. l. 19.* De illis autem verbis: *ut in commodato.* &c. sciendum est, non hoc velle ICtum, quasi utrobique exæquari debeat gradus culpæ, & par in utroque præstari culpa; tanta, inquam, in uno, quanta in altero

contractu, ut sicut in commodato, præstatur etiam levissima culpa: ita etiam in pignore præstetur levissima. Hanc mentem illorum verborum non esse, apparet ex *l.* 14. mox sequente, ubi ea exiguntur à creditore, quæ diligens paterfamilias in rebus suis præstare solet. Quòd si levissimam culpam etiam creditor præstaret, debebat Paulus dicere, ea ab ipso exigi, quæ diligentissimus paterfamil. præstare solet in rebus suis. Taceo nunc alia plura loca superius adducta; ex quibus item luce meridianâ clariùs apparet, ultra levem culpam nihil exigi à creditore. Oportet autem nos in legibus interpretandis ita versari, ut Leges Legibus concordemus, ad vitandam *ἀντινομίαν*. Idem ferè sensit Ant. Contius cum ait, comparationem pignoris cum commodato *in d. l.* 13. non per omnia veram esse: item custodiæ duo esse genera, unam esse plenam custodiam sive diligentissimam: alteram levem sive mediocrem: quo modo distinguitur *in l. 2. ff. de peric. & commod. rei vend.* Et vocabulum custodiæ simpliciter prolatam accipi pro diligentiâ mediocri sive mediâ & levi: item plus esse diligentiam quàm custodiam. Idem Contius aliam quoque annotat Græcorum Interpp. distinctionem, qui *ad l.14. ff. d. furt.* putant creditorem ad aliud teneri ante solutum pignus: ad aliud verò post solutum. Ante quidem, debere eum præstare diligentiam exactissimam, & qualem commodatarius præstat, adeò ut etiam furtum præstet, quod diligenti patrif. fieri negatur: post solutum pignus tantùm levem culpam. Hoc enim casu pignus non ut pignus, sed ut depositum apud creditorem manere. Sed hanc distinctionem utpote nullis legibus fundatam, meritò repudiandam censeo, & suis autoribus relinquendam. Quanquam enim nonnihil videtur patrocinari Græcorum sententiæ *l.15. creditor. ff. de pign. act.* ubi creditor pignus reddens debitori, dicitur re promittere debere de dolo, ubique nihil additur de culpa, multò minùs de levissima: tamen dicendum est, diversam esse quæstionem, quid in redditione pignoris creditor repromittere debeat, aliud verò esse, quærere de eo, quid omninò præstare debeat creditor in pignore & quam speciem culpæ. Ad priorem quæstionem Vlp. respondet, Dolum duntaxat repromittendum à creditore pignus reddente debitori: De posteriore verò quæstione nos hîc tractamus. Repertus est etiam, qui *in d. l.13.* mutare auderet distinctionem, & illa verba (*ut in commodato venit & custodia.*) diceret includenda parenthesi. Quâ mutatione non est opus, neque ea recipienda videtur, contra fidem & consensum librorum.

Dixi hactenus, quid in Pignore præstet creditor debitori. Quæri autem potest etiam de *debitore, quid is præstet creditori?* Hæc quæstio decidenda est *ex l. 61. si servus. §. 1. & §. quod si sciens. ff. d. furt.* nempe debitorem in pignore dolum duntaxat & latam culpam præstare, si quid scil. in dando pignore admiserit. Videatur Cujac. *tract. 8. ad Affrican.* item Ant. Delrio & Henr. Bocerus *hîc.* Exempla sunt *in d. l. 61. de furt.* ubi debitor tenetur, si servus pignori datus furtum fecerit creditori: sed diversimodè tenetur. Nam si sciens ignoranti furem dederit pignori, tunc cogitur damnum præstare omnimodò; id est detracta noxæ deditione, in solidum solvere: sin autem ignorans; tum pignoratitia actione contraria conventus, habet facultatem relinquendi hominem pro noxæ deditione, nam ignorantia quodammodò ipsum excusat, argumento *l. 16. tutor. §. 1. ff. d. pign. act.* Aliud exemplum

emplum eſt in debitore, qui pignori dedit æs pro auro, vel rem alienam ſciens, vel alteram oppignoratam, vel etiam publicè obligatam. *l.1.§.f. & l.16. tut.§.1ff.d.pign. act.* qui quidem etiam ſtellionatus crimen committit, quod extra ordinem punitur, *dd.ll.* junctâ *l.2.ff.ſtellionatus.* Veruntamen ab hoc crimine excuſat ignorantia. *d. l. 16. §. 1.* nullum enim crimen ſine dolo cōmittitur, dolus autē ab ignorante abeſt.

Reſtat poſtremò, ut etiam de ACTIONIBUS, quæ pignoris nomine dantur, pauca admoneamus; itemque de concurrentibus ſive AFFINIBUS REMEDIIS.

Initiò autem diligenter diſcernendæ ſunt actiones, quæ de pignore dantur in perſonam, ab illis, quæ in rem. In perſonam dantur actiones ex contractu pignoratitio, & obligatione inde natâ quæ eſt vinculum aſtringens perſonam: proindeque hæ non competunt niſi inter ipſos contrahentes, debitorem videlicet & creditorem, eorumque heredes. Tales autem ſunt duæ: *Pignoratitia directa*, & *Pignoratitia contraria*: Atq; hæc cauſa eſt, cur ita conceptus ſit titulus in Digeſtis *de pignoratitia actione vel contrà*: quia videlicet conjunctim ac permixtim cum Directa ibi explicatur de contraria actione. *Pignoratitia directa* eſt; quæ datur debitori adverſus creditorem liberato pignore: quod fit, poſtquam vel pecunia debita exſoluta eſt, & quidem omnis, nec reproba: vel eo nomine ſatisfactum creditori: nam tum demum naſcitur hæc actio. *l. 9. ſi rem alienam. §. omnis. & l. 24. eleganter. §. qui reprobos nummos. ff. d.pignor. act.* Nec refert, quis ſolvat, utrum ipſe debitor, an verò alius quiſpiam pro eo: Nam pro alio quoq; ſolvere quis, eumque ab obligatione liberare poteſt. *l. 39. ſolvendo. ff.de negot. geſtis. l. 23. l. 40. ſi pro me quis. & l. 53. ſolvere. ff. d. ſolut. l. 17. manifeſti juris. Cod. eod. tit.* In omnibus enim ſpeciebus liberationum non ſolùm principalis obligatio extinguitur, verùm etiam acceſſiones liberantur, & fidejuſſores, hypothecæ, pignora, ut ait Vlpianus *in l.34. in omnibus. ff. d. ſolut.* Neque tantùm ſolutione ejus, quod debetur, omnis tollitur obligatio, *init. tit. Inſtit. quibus mod. obligat. toll.* atque ita etiam pignus liberatur, & pignoratitia actio debitori naſcitur: verùm etiam oblatione, obſignatione, & depoſitione pecuniæ debitæ in loco publico: hæc enim tria conjunctim facta eandem vim habent cum ſolutione. *l. 19. acceptam. Codic. de uſur. l. 9. obſignatione, & ibi. Donell. poſt alios. Cod. d. ſolut.* Prætereà naſcitur pignoratitia actio liberato pignore, ſi creditor ex fructibus pignoris tantum fuerit conſecutus vel conſequi potuerit, quantum ipſi debebatur. Fructus enim ipſo jure minuunt debitum, ſive in ſolutionem computantur non modò uſurarum, ſed & ſortis ipſius. *l. 1. 2. & l. f. Cod. de pignor. action. l. 1. Cod. d. diſtract. pignor.* Quod tamen ita demum verum eſt, ſi non intervenerit pactum, ut creditor in vicem ſeu loco uſurarum fructus perciperet & lucraretur, ſuoſque faceret. Tale enim pactum (quod quidem expreſſum eſſe debet, neque tacitum ſubintelligitur, ut vult Hotomannus) Iure civili valet, & Græco nomine appellatur ἀντίχρησις quaſi dicas mutuum uſum, vel quiddam, quod pro uſu percipitur. *l. 33. ſi pecunia. ff. de pign. action. & l. 11. ſi is qui bona. §. 1. ff. d. pignorib.* de quo genere pacti pignoratitii diligenter explicat Borchold. *in tract. d. uſuris. Cod. fin.* Magnus ICtus Iohannes Oldendorpius non intellexit, quid eſſet ἀντίχρησις; cùm ſcriberet accipi pro contradictorio judicio, ſeu pro illa miſſione in poſſeſſionem, quæ fit cum contradictione,

ad

ad differentiam sc. aliarum missionum sine contradictione. Quem puerilem errorem idcircò hîc noto, non ut optimum illum virum & de jurisprudentia præclare meritum sugillem aut exagitem: (quod mihi semper illiberale facinus visum est,) sed ut eum caveant adolescentes, qui fortè hæc apud eum legerint, *class. 3. act. 10.* Dixi, Iure Civili valere pactum antichreseos. Quid autem sit de Iure Pontificio, exposui *in Tractatu de differentiis utriusque Iuris.* Datur autem ista actio ad hoc, Primùm ut creditor solutâ pecuniâ debitori restituat pignus cum fructibus. *l. 40. debitor. §. fin. ff. de pign. act.* etiamsi debitor fuerit prædo, id est malæ fidei possessor, cum daret pignus *l. 22. si pignore. §. si prædo. ff. eod. tit.* Cum restituendum sit pignus debitori post solutionem, ratio evidens est: Iam enim nihil amplius ipsius interest, retinere rem alienam, eaque sine causa penes ipsum esse cœpit: cessante autem causa cessare debet effectus, ut prolixè docet Tiraquellus *in tract. cessante causa. &c.* Secundò: non tantùm restitui debet res sua debitori: Sed etiam talis, qualis data fuit, nec deterior. Nam si res deteriorata restituatur, non censetur restituta. Vnde est, quod scribit Vlpianus, in Iudicio pignoratitio & hoc venire, si res pignori datas creditor malè tractaverit, vel debilitaverit servos, mutilaverit, vulneraverit, &c, nulli tamen maleficio obnoxios: *l. 24. eleganter. §. fin. ff. de pign. act.* Consequetur enim hoc casu debitor quod sua interest. *l. 9. §. f. ff. eod. t. l. 7. creditor. Cod. eod.* Vbi creditor, si damnum dederit in arboribus decidendis, in fundo sibi oppignorato; vel destruenda domo; cogitur id deducere in ratione debiti. Tertiò: Præterea potest etiam debitor per hanc actionem à creditore suo exigere cautionem, scil. datis fidei jussoribus, de dolo item, de jure prædii, si forte metus subest, ne servitutes prædiorum extinctæ sint per non usum creditoris: Quartò: Denique potest debitor hac actione cogere creditorem, qui pignus fortè vendidit pluris quàm erat suum creditum, ut vel restituat ipsi superfluum (ὑπεροχὴν vocant, Græco vocabulo) si quidem id jam acceperit ab emptore pignoris; & quidem ut restituat cum usuris ex mora. *l. 7. si autem tardius. ff. de pignor. act.* (Est enim hoc universale in omnibus B. Fidei judiciis, quale etiam hoc est, ut ex mora præstentur usuræ. *l. 32. mora. §. in bonæ fid. digest. de usur. l. 13. in bonæ fidei. Cod. eod. tit. l. 2. Cod. depos. l. quæro. ff. Locat. cum similibus.*) Vel ut cedat suas actiones, quas habet adversus emptorem, si fortè pretium nondum consecutus sit, vel si non totum. *l. 24. eleganter. § si vendiderit. & l. penult. ff. d. pignor. act.* Non enim debet plus consequi creditor, quàm sibi debetur: neque locupletari cum debitoris jactura: quod esset contra bonam fidem & naturalem æquitatem. Quocirca reddet debitori, quantò pluris vendidit pignus: sicut è contrario, si minoris vendidisset, posset residuum debiti, quod ex venditione pignoris redigere non potuit à debitore repetere. Neutrum enim in damno versari, sed utrumque suum consequi, æquum est. Sed quamdiu, inquies, competet pignoratitia actio? sive, quàm diu poterit debitor solvendo debitum eam sibi comparare luitione pignoris? Et verum est, perpetuò competere actionem pignoratitiam absque ullo metu præscriptionis, sive potiùs, perpetuò debitorem habere facultatem offerendi id quod creditori debet, atque ita liberandi pignus: & huic juri luendi nunquam

præ-

præscribi, ne quidem longissimo tempore. Quæ sententia jam olim fuit Martini & Rogerii antiquorum Glossatorum; communiter approbata: quamvis Bulgaro diversum sentiente, & præscriptionem admittente. Videatur Accursius *ad l. 7. §. eodem jure. in fin. de præscript. 30. vel 40. annor.* Ioh. Oldendorpius *class. 3. act. 12.* & Doctor meus venerandæ memoriæ Iohan. Borcholdus *in tract. de usur. cap. fin.* ubi & argumenta utriusque partis examinat.

De affinibus remediis pignoratitiæ directæ, sive de concurrentibus actionibus si quæras; hæc potissimum indicari possunt. Primum: concurrit cum ea actio ad exhibendum: item rei vindicatio: item aliquando etiam propria, id est, præscriptis verbis actio, ut est *in l. 27. petenti. ff. de pign. act.* Quam legem ita exponit Oldendorpius *d. loc.* Secundò concurrit etiam cum pignoratitia directa, actio in factum ad id, quod interest debitoris, instrumenta pignori data sibi fuisse exhibita. *l. fin. ff. de pign. act.* Tertiò, concurrit cum hac actione & rei vindicatio, & in factum actio: *ut in l. 13. si cum venderet. ff. de pign. act.* Quartò, concurrit etiam furti actio, competens debitori adversus creditorem, qui cum pactus esset de pignore non vendendo, tamen id distraxit, non præcedente trinâ denunciatione debitori factâ. *l. 4. ff. d. t.* Quintò, concurrit etiam Legis Aquiliæ actio, de damno scilicet, si res oppignorata, per creditorem fuerit deteriorata, seu damnificata, ut loquuntur *t. t. ff. & C. & Inst. de L. Aquil.* vel *ad L. Aquiliam.*

Et hactenus quidem *de pignoratitia directa*, quæ datur debitori. Hæc ideò dicitur *Directa*, & alibi etiam *Principalis*; quod principaliter & directò intersit debitoris recuperare rem suam solutione debiti jam liberatam: sicut in commodato quoque principaliter interest commodantis, rem ipsi restitui finito usu commodatarii, ad quem fuerit concessa, ideoque directa commodati actio, sive principale judicium, ipsi datur ad rem recuperandam. Similiter deponentis principaliter & directò interest, ut ei sua res, quam apud alium deposuit, restituatur reposcenti: & ideò ad rem recipiendam datur ei directa depositi actio: sic quia eius, cuius tutela administrata est, principaliter interest, rationes reddi, & reliqua restitui; ideò ipsi adhæc consequenda datur contra tutorem actio tutelæ directa. Sic in negotiorum gestione, item in mandato, quia principaliter interest domini negotiorum, & rectè fuisse illa administrata, & reddi rationes, ac reliqua ipsi restitui: propterea negotiorum gestorum directa, item mandati directa ipsi datur contra negotiorum gestorem vel mandatarium. Hæc velut in digressione dicta sint, quæ ad multa in Iure civili tantò rectius intelligenda, ni fallor, prodesse poterunt. Atq; hæc una est significatio directæ actionis, quando videlicet opponitur contrariæ; sive contrario judicio: cuius hæc est natura, ut ibi agatur de calculo & indemnitate, ut est *in l. 6. furti. §. fin. ff. de his qui not. infam. & in l. 5. in pr. ff. depositi.* hoc est, ut indemnis præstetur is, qui pro altero vel in rem alterius aliquid impendit, vel cui hoc nomine aliquid abest: Cuius ratio est, quia nemini officium suum debet esse damnosum. *l. 7. ff. testam. quemadmodum aper. l. 15. ff. mandat. l. 61. §. quid verò. ff. de furt. Paulus lib. 5. sent. t. 6. §. 10.* Ne benè merenti sit malo benignitas, ut ait Plautus *in Cistell.* ne item fiat quis locupletior cum alterius jactura & detrimento, *l. 14. nam hoc natura. ff. de condict. indebiti. l. 74. non debet. & l. 206. jure naturæ, inferius. h. t.*

nostro. Iccircò æquum est, ut tutor, quod expendit pro pupillo; negotiorum gestor, vel mandatarius, si quos in rem alterius fecit sumptus; creditor, qui in pignus quid impendit; commodatarius, qui in commodatum; depositarius, qui in rem depositam, &c. ad impendia sua recuperanda & evitandum damnum habeant actionem aliquam comparatam. Et inde introductæ sunt contrariæ actiones, tutelæ, depositi, negotiorum gestorum, mandati, commodati, &c, de qua ex professo hîc agimus, pignoratitia contraria. Ideò autem dicuntur *contrariæ*, quòd directis sint oppositæ. De quibus contrariis judiciis hoc etiam notandum est: Ea non semper esse necessaria: sed posse eum, qui in rem alterius quippiam impendit, sæpè etiam vel retentionis vel deductionis & compensationis jure, beneficio seu remedio uti, atque ita indemnitatem consequi, *l. 8. si necessarias. in princ. ff. de pign. act. & l. 18. §. fin. ff. commod.* Est verò & altera significatio *Directæ actionis*, qua videlicet non opponitur *Contrariæ*, sed *Utili*: Et *Utilis actio* dicitur passim in jure ea, quæ ex sententia & mente legis, vel Senatusconsulti, vel edicti, atque ex æquitate datur, & utilitatis benignitatisque causa; quamvis deficiant verba legis, vel Senatusconsulti vel edicti &c. quamvis etiam ex stricta juris ratione nulla competeret actio. Notandum quoque est, *Utilem actionem* dici non solum eam, quæ est directa, sed etiam illam, quæ est contraria. Est enim commune hoc accidens utriusque generis actionum. Sic *utilis actio ex empto* nominatur *in l. 24. eleganter. in pr. ff. de pign. act.* De qua deinceps nobis agendum est, ut ab hoc quasi diverticulo non inutili nec injucundo in viam revertamur.

Pignoratitia igitur *Contraria* etiam est in personam actio: daturque creditori contra debitorem ad hoc, quod ipsi pignoris nomine abest, ut quàm brevissimè dicam: hoc est, ut quicquid damni acceperit ex pignore sibi dato, vel quicquid in illam rem impenderit, hoc à debitore recipiat, & per eum præstetur indemnis: verbi gratia: Debitorem rem alienam pignori dedit creditori ignoranti, vel rem alteri oppignoratam, vel in publicum obligatam, vel morbosam seu vitiosam, vel etiam alteri æs pro auro, massam æris pro auri massa &c. Hoc nomine datur creditori adversus debitorem pignoratitia contraria, per quam consequatur, quanti sua interest, non fuisse captum vel fraudatum. *l. 9. si rem alienam. in pr. l. 16. tutor. §. 1. l. 32. cum debitore. & l. 36. si quis in pignore. §. 1. ff. de pign. act.* Aliud exemplum est *in l. 8. si necessarias. in pr. ff. eod. tit.* ubi creditor fecit impensas necessarias in servum oppignoratum, cùm is fortè ægrotaret; vel in fundum, vel insulam, fulciendo, vel reficiendo ipsam ne corrueret: & hoc nomine habet non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem. Hic tamen circa impensas observanda est illa limitatio, sive moderatio; ut judex neque delicatum debitorem, neque onerosum creditorem audiat: sed operam det, ne debitori nimis difficilis reddatur pignoris sui recuperatio seu liberatio: ut est *in l. 25.* (ubi Ulpianus eleganter hoc declarat exemplis) *ff. de pignorat. act.* Aliud exemplum est *in l. 1. §. fin. & l. 36. si quis pignore. ff. de pignorat. act.* ubi debitor cum ostendisset creditori aurum quasi pignori daturus, æs pro auro subjecit, atque ita pignori dedit ignoranti; ideoque tenetur pignoratitiâ contraria præter alias actiones, de quibus infra dicam. Dixi, *Ignoranti.* Nam sciens non habet actionem contrariam. *l. 16. tutor. §. 1. in fin. eod. t.*

cod. t. quia ſcienti & volenti non cenſetur facta injuria. Aliud exemplum eſt *in l.3. d.t. de pign. act.* ubi debitor proponitur inſignem commiſiſſe fallaciam ad circumveniendum creditorem, & extorquendum ei pignus. Simulavit enim, ſe paratum eſſe ad ſolutionem, & confeſtim pecuniam redditurum: Creditor, cui ſic accipiendorum ſtatim nummorum ſpe inani impoſitũ eſt, reſtituit ei ſuum pignus: debitor ſubornaverat quempiam ad feneſtram, qui exciperet pignus & aufugeret: ad hunc pignus ex feneſtra demittit. Quæritur, quo pacto conſulatur huic creditori contra debitorem tàm fraudulentum? & præter alias actiones, de quibus dicetur infrà, habet etiam pignoratitiam contrariam. Vbi probè notandum eſt, hanc pignoratitiam contrariam dari creditori, etiam nondum factâ ſolutione: Qua in re differt contrariâ à directa pignoratitia. Nam hæc non naſcitur, niſi omni pecunia ſoluta, ut ſupra dixi *ex l.9. §. omnis. ff. de pign. act.* Præterea, ſi ſervus pignori datus furtum fecerit creditori, quem furem eſſe ſciens debitor dedit ignoranti, datur creditori adverſus debitorem hæc pignoratitia actio contraria; ad hoc, ut indemnem eum præſtet: nec poteſt debitor liberari noxæ deditione, ſi dicat, ſe paratum relinquere ſervum creditori pro noxa. *l. ſi ſervus. 31. ff. de pign. act.* cum qua conjungenda eſt *l. 61. ſi ſervus communis. ff. de furtis.* Vtraque enim lex ſumpta eſt ex eodem Africanio *lib. 8. quæſt.* Adhæc datur iſta actio contra debitorem, ut indemnem præſtet creditorem, ſi fortè is vendens promiſerit evictionem ex more regionis, ſine dolo & culpa, & ut diligens paterfamilias feciſſet. *l. 8. §. 1. & l. 22. ſi pignore. §. fin. ff. de pign. act.* Denique ſi creditor pignus debitori conceſſerit precariò, vel ſi locaverit (utrumque enim fieri poſſe, multis legibus proditum eſt, ut *l. ſi rem alienam 29. l. 35. cum & ſortis. §. 1. & l. 37. ſi pignus. ff. d. t. & alibi.*) datur ei contrarium judicium pignoratitium ad reſtituendam poſſeſſionem diſtracto pignore. *l. 22. ſi pignore. §. ſi poſt diſtractum. ff. de pign. act.*

Sicut autem cum pignoratitia directa concurrunt aliæ quoque actiones, de quibus ſupra, ita & hîc contraria pignoratitia concurrentes ſecum alias actiones habet. Tales ſunt: 1. Actio furti. 2. Actio ad exhibendum, in caſu *l. 3. ff. de pignor. act.* 3. Actio noxalis, in caſu *l. 31. ſi ſervus pignori. ff. d. t.* 4. Crimen extraordinarium ſtellionatus, ut *in l. 1. in fin. & l. 16. tutor. §. 1. l. 36. ſi quis in pignore. ff. de pign. act. l. 1. l. 2. l. fin. C. de ſtellion. crimine*: quod crimen ſeveriſſimè vindicandum eſſe, ſæpè reſcriptum eſt, ut ait Philippus Imp. *in d. l. fin.* Nam leges divinæ & humanæ vehementer deteſtantur legem ruptam in debitoribus calumnioſis: cum inſignis ſit improbitas fallere creditorem ſuum bonâ fide credentem debitori, ut graviter ſcribit Oldendorpius *claſſ. 3. act. 13.* Vnde & S. Ambroſius *in lib. de Tobia, cap. 21. in princip. Quàm deforme eſt, ut pro beneficio ei, qui te adjuvit, rependas moleſtiam? Cùm iſtum fraudaveris, cui debes, poſtea in tempore neceſſitatis tuæ non invenies creditorem. Quèm indignum, ut cùm victum tuum ſuſtentare non queas, cùm adhuc nihil debeas, putes, quod & victum tuum poſſis & debitum ſuſtinere! Ante cogita, unde diſſolvas: & ſic mutuum ſume, &c.* Interdum tamen iſtud crimen ceſſat, puta in ignorante. *dict. l. 16. §. 1.* Is enim caret dolo malo, abſque quo nullum crimen committitur: item in caſu *dict. l. 36. §. verſic. planè cod. tit.* 5. Concur-

nit cum pignoratitia contraria etiam interdictum de precario, item Quasi Serviana: ut annotat Accursius *in d. §. si post distractum. l. 22. ff. d. tit.* Quæ sententia probatur etiam Oldendorpio, *d. actione 13.* Hîc obiter quæri potest: Quid ergò si creditor subrepto sibi pignore egerit furti vel condictione furtivâ, & per eam actionem fuerit consecutus aliquid: debétne hoc totum imputare debito, ita ut summa debiti minuatur per id, quod accepit: an verò ipsius lucro hoc cedet? Hac de re agit Vlpianus *in l. 22. si pignore. d. tit.* & ita distinguit, ut siquidem ab alio quid consecutus fuerit, cogatur debito imputare: sin ab ipso debitore non teneatur hoc ei restituere.

Atque hæc de actionibus in personam pignoris nomine competentibus, & de affinibus remediis dicta sufficiant.

Dantur autem etiam in rem actiones, ut *Serviana* & *Quasi Serviana* seu *hypothecaria*. Hæ duæ actiones in eo conveniunt, quod utraque sit prætoria: prior quidem à Prætore Servio introducta: altera verò à ICtis ad exemplum prioris adinventa: quod item utraque datur creditori ad consequendam possessionem pignoris vel hypothecæ, ut est *in l. 66 §. si cum eo. ff. de evict.* quod item utraque datur creditori ad consequendam possessionem pignoris contra quemlibet possessorem rei, sive sit debitor ipse, sive tertius quispiam. Item: quod utraque tantùm est directa; non etiam contraria: deniq; interdum promiscuis appellationibus utraque designatur, ut *in l. 3. l. 7. l. 10. & l. 18. ff. de pign. l. 2. & l. 14. ff. quib. mod. pign. solv. d. l. 65. ff. de evict. l. 15. vir uxori. ff. ad SC. Velleian. l. 6. C. si aliena res pign. data sit.* Quod & Oldendorpius rectè observavit *class. 3. act. 11. in princ.* Sed differunt eædem inter se; non quidem in eo, quòd Serviana detur de tacita aliqua hypotheca, quam jus alicui tribuit; Quasi Serviana verò de expressa, quæ conventione constituitur, ut putat Oldendorpius *d. class. 3. act. 10.* Idemque repetit *act. 11.* (hæc enim differentia est falsa.) Sed aliæ sunt res, quæ inter has duas actiones discrimen faciunt, ut latius demonstravi olim *ad Inst. §. item Serviana, tit. de Actionib.* Præcipua verò differentia est hæc, quod Serviana datur domino fundi, eidemque locatori de rebus coloni (id est, conductoris prædii rustici,) quæ pro mercedibus fundi tenentur ipsi jure pignoris, id est, de quibus expressè convenit, ut pignori essent. Sed quasi Serviana datur cuivis alii creditori, sed de quovis alio pignore vel hypotheca sive expressa, sive tacita. Ex quibus apparet, multò latius patere usum Quasi Servianæ, quàm ipsi Servianæ; ad cuius exemplum tamen est inventa.

Ad hunc igitur modum istæ actiones duæ inter se differunt: à pignoratitia verò ita: Primò: quod pignoratitia est in personam, utpote ex contractu vel obligatione. (Pignoratitia, inquam, propriè dicta. Quod ideò admoneo, quia interdum pignoratitia reperitur etiam pro Serviana, sed abusivè usurpata: ut *in l. 41. ff. pignorat. act. & l. 13. ff. condict. indebit. l. 5. C. si aliena res pignori &c. & l. 9. Titius in fin. princip. ff. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.* Interdum cum adjectione dicitur *pignoratitia Serviana* sive *hypotecaria*, ut *in l. 3. §. est autem personalis. ff. ad exhibendum.*) Sed hypothecaria, ut & Serviana, est in rem, utpote ex jure in rem: quod natum est & constitutum variis ex caussis, vel ex contractu pignorati-

tio, (is-

tio, (is enim & personas contrahentium obligavit, & rem ipsam affecit) vel ex conventione nuda, eâque aut expressa, aut tacita, vel vi legis aut constitutionis, atque ita ipso jure: vel ex auctoritate magistratus & judicis, vel denique ex voluntate testatoris. Secunda differentia primæ est consequens: quò scilicet pignoratitia tantum datur contra eum, cum quo contraxeris: sed hypothecaria contra quemlibet possessorem pignoris vel hypothecæ, etiamsi nihil vnquam cum eo contraxeris. Tertia differentia est, quò pignoratitia actio est civilis, quia pignus re contractum est civile negotium: sed Serviana & quasi Serviana sunt prætoriæ, sive ex jurisdictione prætoris substantiam capiunt. §. *item Serviana Inst. de actionib.* Quod tamen Cuiacius *in Paratitlis tit. de pignor.* monet accipiendum esse sub hac distinctione, quatenus Serviana persequitur pignus, quod nudo pacto est contractum: Aliàs enim putat non esse prætoriam, sed civilem actionem; si persequatur pignus propriè dictum, id est, cuius possessio creditori est tradita. Quartò differunt in eo, quod pignoratitia alia est directa, alia contraria: directa ex parte debitoris, petentis restitutionem pignoris; contraria ex parte creditoris, petentis expensas à se factas in pignus, ut damna, vel id quod interest, ut supra exposui. Sed hypothecaria semper tantum est directa, & creditori datur solùm: nulla verò contraria, quæ detur vel debitori, vel aliùs possessori pignoris vel hypothecæ. Quinta: Pignoratitia habet locum pignore tradito; (quod propriè pignus vocari supra diximus:) sed hypothecaria est de hypotheca, id est, de pignore non tradito, quod nuda conventione vel aliter obligatum est absque traditione possessionis: Quæ duo genera indicantur & *in l.4. & l.13. grege.§.3. ff. de pignorib. & alibi.* Tametsi interdum & de pignore non tradito detur pignoratitia: nempe si res postea pervenerit ad creditorem: ut est *in l.ult. ff. de pignorat. act. & l.33. fidejussor. ff. de negotiis gestis.* Sicut etiam viceversa dari potest hypothecaria etiam de pignore tradito, si nimirum creditor fortè amiserit eius possessionem, ut recuperet eam. Nam possidenti adhuc pignus creditori non datur hypothecaria, quorsum enim aut cui bono daretur, cùm per eam nuda possessio avocetur, ut supra dictum? At qui illam non habet. Frustrà ergò petit foris, quod intus habet. Sexta: pignoratitia actio sive sit directa, sive contraria, semper est bonæ fidei. §. *act. Inst. de action.* Sed hypothecaria est arbitraria. Septima & ultima differentia est, quoad præscriptiones harum actionum. Nam pignoratitia actio præscribitur 30. annis: sed hypothecaria nunc decem, nunc viginti, nunc triginta, nunc quadraginta annis: pro diversitate scilicet personarum & casuum. Sed de differentiis & istis & aliis videatur etiam Hotomannus *in comment. ad tit. ff. de pignoribus.* Plura quoque de ipsa actione hypothecaria videre licet apud Antonium Neguzantium *in tract. de pignorib. part.8.* Item apud Ferrariensem *in forma libelli, in actione hypothecaria.* ubi exponit quinque requisita huius actionis.

Postremò notandum, concurrere cum actione Serviana, & quasi Serviana, etiam interdum Salvianam, cui nomen à Salvio, de quo est *tit. C. de Salviano interdicto.* Vbi Accursius & Bartolus *ad l.1.* tradunt differentias tres aut quatuor inter actionem hypothecariam & Salvianum interdictum: Quas differentias repetit etiam Neguzantius *part.8. membr.1. num.1.6. seqq.*

Quæritur etiam: an eodem libello simul proponi sive cumulari possit actio pignoratitia & hypothecaria? De qua quæstione videatur Oldendorpius *class. 3. act. 10.* & Ferrariensis *d. loc.* Denique Neguzantius *part. 8. membr. 1. n. 9. & memb. 2. num. 6.* Summa est, si agatur contra ipsum debitorem, qui pignus possideat, posse utramque actionem uno libello comprehendi: non posse, si contra debitorem simul & tertium possessorem agatur.

CAPUT NONUM.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

VLpianus hunc contractum uno verbo in hac lege designat, cum ait, *Locatum:* Idque ideò, quia posito uno Relativorum, necesse est poni & alterum: cum non possit esse vel intelligi Locatio, nisi etiam adsit conductio: sicut & venditio esse non potest, nisi sit qui emat: quæ causa fuit, cur paulò ante idem Vlpianus nominaverit *venditum*, volens intelligi contractum Emptionis & venditionis. Idem namque valent *Locatum* & *Locatio*; *Conductum* & *Conductio*; *Venditum* & *Venditio*; *Emptum* & *Emptio*; *Pactum conventum*, & *Pactio conventio* &c. Ex quo fit ut dicamus actionem empti & venditi. *tot. tit. ff. & Cod. de act. empt. & vend.* Et concisè conceptus est titulus in Digestis, *Locati conducti*, pro eo, quod pleniùs erat, *de Actionibus Locati & Conducti.* Iudicium tàm locati quàm conducti vocant Impp. *in l. 28. in judicio. C. de locato & conducto.* Sic enim ibi habet inscriptio. Atque hæc initiò breviter de vocabulis: quoniam teste Vlpiano, è re est, de his initiò admonere, *l. 1. ff. de reb. credit.* Vnde & Socrates dicere solebat, *Principium eruditionis esse, intelligentiam vocabulorum:* de quo scribit Xenophon, inchoare consuevisse disputationes suas à definitione vocularum, qua intelligeretur, quid quæque significarent: Quod & Arrianus laudat *lib. 1. Dissertationum Epicteti, cap. 17.*

Porrò quomodo differat hic contractus ab Emptione & venditione (cui proximus esse, & cum qua magnam familiaritatem habere dicitur *in l. 2. in pr. ff. Locat. & in pr. I. de Locat. & Conduct.*) jam suprà exposui *sub cap. de empt. & vend.* quæ hoc loco possunt repeti evidentiæ causâ.

Prætereà Locatio & conductio magnam habet affinitatem cum contractu Emphyteutico, de quo est §. *adeò Instit. de Locatione & Conduct. l. 1. & t. t. ff. si ager vectigal vel emphyteut. petatur.* & *t. t. C. de jure emphyteut.* Quæ causa quoque est, cur ille tit. *de jure Emphyteut.* in Codice statim & immediatè subjiciatur titulo *de Locato & conducto.* Differunt tamen inter se plurimum hi duo contractus. 1. quia in Emphyteusi agitur de jure in rem (& quidem tali, quod etsi à dominio est distinctum, tamen ei quodammodo respondet ac simile est,) transferendo in emphyteutam seu emphyteuticarium: Locatio verò nullum jus in rem tribuit Conductori, sed tantùm rei usum. *l. non solet. 39. ff. Locat.* 2. quia in Locatione præstatur

tur Locatori à conductore merces pro usu rei: ut est *initio tit. Inst. de Locat. & Cond. l.1. §11. & passim. ff. eod. t.* Sed in Emphyteusi domino rei seu prædii quotannis præstatur canon. *l.2. & l. fin. C. de jure Emph.* quæ & *pensio* vocatur, & *reditus in d. §. adeò. Inst. de Locat. & Conduct.* tametsi ea vocabula sæpè promiscuè etiam de Locatione usurpentur. 3. Quia qui rem conduxit, non potest eam vendere vel donare, vel in dotem dare, vel alio titulo alienare, v. g. permutare: cuius ratio est, quia ut supra dictum, Locatio nullum jus in rem tribuit locatori: quocirca conductor neque plus juris in alios potest transferre, quàm ipse habet: sed emphyteuta supra dicta omnia potest in prædio emphyteuticario, certis tamen observatis conditionibus. *d. §. adeò. Inst. de Locat. l.1. §.1. ff. si ager vectig. & c. l. fin. C. de jure Emphyt.* 4. Quia conductori non competit actio in rem, sed in personam, contra eum videlicet, à quo rem conduxit. Nec distinguimus inter eum, qui ad breve, & qui ad longũ tempus, puta decennium, conduxit. Vterque enim tantum in personam actionem habet: de quo alibi latius explico. Sed Emphyteutæ, quamvis dominus non efficiatur rei emphyteuticæ, tamen competit in rem actio adversus quemvis possessorem, etiam adversus ipsum dominum emphyteuse*os* (qui Aigenthumsherr dicitur) *l.1. §.1. ff. si ager vectigalis.* 5. Locatio propriè dicta non fit in perpetuum, sed ad tempus, quod ferè quinquennale esse solebat apud Romanos; quia scilicet etiam censores publica solebant ad tantum tempus locare. Emphyteusis verò tribuit jus perpetuarium *d. l.3. ff. si ager vectigalis. & l.10. viam veritatis. C. de Locat.* ubi quæ appellatur *perpetua conductio*, intelligenda est Emphyteusis. 6. Conductor si per biennium continuum non solvat pensionem sive mercedem pro domo vel agro, potest expelli: & quidem non obstante conventione contrariâ de ipso non expellendo intra certum tempus, quamvis etiam pœna ei esset adjecta. *l.54. quæro. & l.56. cum domini. ff. Locat.* Nam videtur illa conventio de non expellendo sub hac conditione facta, si tamen & ipse præstet ea, quæ debet. Sed Emphyteuta, si per totum triennium non solvat canonem, repelli potest, à prædiis emphyteuticariis. *l.2. C. de jure Emphyt.* tametsi aliud sit Emphyteusis Ecclesiastica: de qua *in Expositione Methodica Novell.* 7. Addunt vulgò & hanc differentiam, quod Locatio sit contractus juris gentium, ut expressum est *in l.1. ff. Locat. §. jus autem gentium. vers. & ex hoc jure. Inst. de jure Nat. Gentium & Civ. l.5. ex hoc jure. ff. de Iustit. & Iur.* Emphyteusis verò sit contractus Iuris civilis, utpote introductus constitutione Zenonis Imp. *in l.1. C. de jure Emphyte.* Constitutio autem Principis fit pars Iuris civilis. *§. Sed & quod Principi. Inst. de jure nat. gent. & civ.* Ita Accursius *in gloss. d. l.5. in verb. quibusdam, & in Inst. d. vers. & ex hoc jure. in verb. penè.* Quam sententiam Interpretes communiter sequuntur: alii tamen in dubium revocant, quia scilicet iste contractus non primùm à Zenone sit introductus, sed diu ante ipsum fuerit usitatus, *argum. d. l.1. ff. si ager vectigalis.* neque tantum apud Romanos, sed etiam apud alias gentes: ut de Byzantiis, testatur Aristoteles *in Oeconomicis*, eos ad hunc modum, quo Emphyteusis contrahi solet, agros quoque suos fuisse solitos dare ad meliorandum. 8. Addunt & hanc differentiam, quod Locatio & conductio non necessariò requirat scripturam, sed possit etiam sine instrumento & scriptura fieri, quemadmodum & cæteri contractus, qui consensu fiunt. *l.24. contractus. Cod. de Loat.*

l.4. Cod.

l. 4. Cod. de fide instrum. l. 4. ff. de pignor. l. 2. ff. de Observat. & Action. §. 1. Instit. de Oblig. quæ ex consensu: Emphyteusis verò absque scriptura fieri nequeat: quasi ad substantiam sui postularet, ut in scripturam redigatur: *argum. l. 1. in verb. scriptura interveniente & l. 2. in verb. Emphyteuticis argumentis. & l. 3. in verb. Emphyteuticum instrumentum. C. de jure emphyteut.* Sed tamen neque hoc caret controversia, ut est apud Iulium Clarum *in §. Emphyteusi. 4. quæst.* Et attigi hanc rem etiam *in Paratit. Feudal. lib. 1. cap. 2. n. quæst. 2.* Nona differentia hæc esse potest, quod in Locatione interitus rei locatæ, qui contigit absque culpa conductoris, pertinet ad locatorem, tanquam ad Dominum, cuius damno & periculo res est, & cui perit, sive in totum, sive pro parte: sed in Emphyteusi distinguitur inter particularem & totalem rei interitum, ita ut ille pertineat ad Emphyteutam, hic ad Dominum. *§. adeò in fin. Inst. de Locat. & conduct. l. 1. vers. siquidem tanta. C. de Iure Emphyteut.* Est & decima differentia, quia simplex colonus, qui nullum habet jus in re, potest propriâ auctoritate à locatore expelli, si intra biennium non solvat pensionem: Emphyteuta verò non potest propriâ auctoritate expelli ac deiici, sed opus est auctoritate judicis: ut contra Accursium *l. 2. C. de jure emphyt.* sensit Petrus, (glossator antiquus.) cuius sententiam refert Ferrariensis *in pract. in forma libelli, quo agitur ad ficti præstationem.* Vndecima quoque est differentia, quo ad remissionem pensionis ob causam sterilitatis. Nam in locatione distingui solet inter colonos. Alii enim sunt, qui ad pecuniam numeratam conduxerunt, sive qui nummis colunt: alii pro parte fructuum domino fundi danda, unde & *partiarii coloni* appellantur. *l. 25. si merces. §. vis maior. ff. Locati. l. 26. § 1. ff. de furtis.* Prioris generis coloni modicum damnum sterilitatis æquo animo ferre debent, & unius anni sterilitatem compensare cum aliorum annorum fertilitate & ubertate: nec debet illorum haberi ratio, si conquerentes de exiguitate fructuum, peant sibi dari pensionis remissionem. Posterioris generis coloni quasi socii sunt, & fundi damnum ac lucrum cum domino partiuntur: qua de re videatur *l. 15. ex conducto. §. si vis tempestatis, & §. cum quidam. l. 25. si merces. §. si vis maior. ff. locati. l. 8. licet. C. de locat.* Sed in Emphyteusi ob sterilitatem quamvis magnam nulla sit remissio Canonis. Ratio differentiæ est, quia Canon est quiddam exiguum, quod pro recognitione quotannis datur: merces verò in locatione non est exiguum quid, sed ferè æquat fructuum quantitatem.

Hoc loco opportunè quæritur: In dubio utrum potius præsumenda sit locatio-conductio, an verò contractus Emphyteuticus? Respondendum est per distinctionem: si magna præstetur pensio ex fundo, quæ correspondeat fructibus, eosque ferè adæquet, vel etiam si pars aliqua fructuum solvatur, (ut fit ab iis, quos *colonos partiarios* paulò ante vocavimus, & Germani vocant Halb-Bauren) tunc esse Locationem: sin autem exigua præstetur aliqua pensio, quem *Canonem* vocant (Gült) tunc esse Emphyteusin censendam: Ita ex antiquioribus Interpretibus refert Cagnolus *ad l. 2. C. de rescind. vend. num. 202.* & probat Iulius Clarus *in §. Emphyteusis. quæst. 1. num. 5.*

Præter Emphyteusin habet locatio etiam quiddam affine, cum usufructu & usu. Nam in his quoque dominium rerum est alterius, perinde ut in locatione.

Veruntamen ab illis differt, quia illæ sunt servitutes & jura in rem: ut notum est *ex instit. lib.* 2. adeò, ut ususfructus in multis casibus pars dominii esse perhibeatur à Paulo *in l.4. ff. de usufructu*, & dominium ususfructus dicatur *in l.3. digest. si ususfr. petetur*: quò facit & *l.15. semper. ff. quod vi aut clàm.* Sed locatio nullum jus in rem tribuit conductori, tantùm personam obligat ad aliquid præstandum. *l.39. digest. locati. l.65. in fin. digest. d. contr. empt. l. 2. Malè agitur. Cod. de præscript. triginta. annorum.*

Habet denique locatio etiam affinitatem quandam cum contractu censuali vel libellario, de quo dixi *in partit. Feudal. lib.1. cap. 2. q. 7. & 8.* videatur & Ferrariensis *in form. d. libelli de ficti præstatione gloss. antepen.*

Definitionem locationis & conductionis si quis desideret, non potest dari rotundior, quàm ista Cuiacii *in paratit. Cod. h. tit. Locatio*, inquit, *est mutatio usus vel fructus vel operæ cum pretio.* *Mutationem*, quæ loco generis ponitur, accipere debemus factam per consensum contrahentium. Nam locatio nudo consensu contrahitur, ut notum est *ex lib.3. Instit. & l. 14. qui ad certum. digest. Locati. l. 24. contractus. C. eod. tit.* Et consensus iste vel est expressus, vel tacitus. Exemplum taciti consensus est in eo, qui ad certum tempus conduxit, eoq; temopre elapso atq; impleto remanet in conductione, non contradicente locatore: hîc enim taciturnitate utriusque partis videtur colonus qui [illegible] reconduxisse, locator autem relocasse *l. 13. item quæritur. §. fi. & l. 14. qui ad certum. digest. locati. l. 16. vers. fin. a. Cod. eod. tit.* Quod autem distinguit Cujacius inter usum & fructum & operas, ideò facit, ut omnem varietatem omnesque articulos hujus contractus complectatur. Nam usus conceditur & versatur in locatione & conductione v.gr. domus, sive insulæ: cujus conductor propriè dicitur inquilinus: (quanquam etiam in aliis rebus, & quidem mobilibus consistere potest usus rei, ejusque locatio.) fructus conceditur, & versatur in fundo seu agro, ubi conductor propriè dicitur colonus, videlicet à colendo: operæ denique sunt, quæ præstantur ab homine. Atque hæc est materia Locationis & Conductionis ab una parte, nempe aut usus aut fructus rei, aut operæ hominis: Ab altera parte rei respondet merces, quam Cuiacius appellat, *pretium*: idque abusivè; nec tamen sine exemplo veterum ICtorum: Sic enim & Labeo pretium conductionis usurpat *in l. 28. §. idem juris* & Africanus *in l.35. §. in verbu, certo pretio conductum. ff. locati.* Et rursum Labeo ac Paulus *in fin. digest. ad L. Rhod. de jact.* promiscuè utuntur vocabulis pretii & mercedis, cum de nave conducta loquuntur. Sic Vlpianus *in l. 10. si quis. §. fin. ff. de acquir. possess.* cum aliàs pretium propriè loquendo sit in Emptione venditione. *l. 72. pacta conventa. D. de contrah. empt. & passim alibi.* Et hæc merces varias sortitur appellationes, pro diversitate casuum. Aliquando enim dicitur *manupretium* sive *manuspretium* quando videlicet datur pro artificio & elaboratione alicujus materiæ. *l. 30. qui insulam. §. qui ædem. ff. locati. l. 13. mulieris. §. 1. d. Verb. Signif. Plerumq;*, inquit Vlpianus *plus est in manus pretio quam in re.* Eodem vocabulo utitur, & Cicero *in 3. Verrina*, & Varro *lib. 5. de ling. Latin.* & Plinius aliquoties, ut *lib. 33. c. 11. l. 34. c. 7. & lib. 35. cap. 10.* Extat etiam apud Livium *lib. 34. in oratione L. V[illegible] T[illegible] trib. pleb.* Aliquando dicitur *Naulum*, quando scilic. datur naviculario pro vectura rerum vel

vel hominum. *l.15. ex conducto.* §.*6.item cum quidam.ff.locati.l.29. cum servis.*§.*1.d.legat. 1. l. 6.* §. *1.ff. qui potior: in pignor. & l.fin.ff.d.leg.Rhod.de jactu.* ſicut quod datur aurigæ pro jumentis, *vectura* dicitur. *d l.39.de legat:* 1 .Quæ tamen etiam pro Naulo interdum uſurpatur, ut *in d.l.15.* §. *6.ff. locati.* Aliquando dicitur etiam *penſio* & *reditus*,cum videlicet pro habitatione domus datur alicui ab inquilino, vel ex agro à colono.*l.3. C.de locato. l. 9.ſi quis.*§.*fi.ff. eod. tit.l. penult.* §.*inſulam.ff.d. legat.2.l.38. fundi. ff.d.uſufr.legat.& l.58.defuncta.in princ. ff. d. uſufr.* Aliquando dicitur *ſalarium*, & *palmarium*. item *honorarium*, item *honor*; quando ſcil. datur pro honeſtis operis, quales ſunt medicorum & advocatorum, &c. *l.38.qui operas.*§.*1.ff.locati & l.1.*§. *in honorariis. &* §§. *ſeqq. l.4.Divus Antoninus. ff. d. extraord. cognition.* Aliquando & *nutritum*, quòd ſcil.datur nutricibus ob alimoniam infantum, *ut in d. l. 1.* §. *penult. d.extraord. cognit.*

Porrò circa mercedem iſta potiſſimum quatuor notanda ſunt: 1. ut ſtatim initio contractus, certa definiatur. 2.ut non fiat uno nummo. 3.An tantum in nummis ſeu pecuniâ numeratâ,an verò in aliis etiam rebus conſiſtere poſſit. 4.De tempore ſolvendæ mercedis.

Ad primum quod attinet, ſicut emptio venditio ſine certo pretio non contrahitur; ita neq; locatio & conductio ſine certâ mercede inter contrahentes conventâ, *initio tit.Inſt.de locat.& cond.l.2.in pr.ff.eod. tit. l.23. ſi convenerit, in fin.ff.communi divid. l. 52. ſi vir uxori. in pr. ff. de donat. inter virum & uxor.* Niſi etiam protinus initio contractus certa merces definitur. Sed ſi conveniatur, ut poſteà tantum detur, quantum placuerit inter contrahentes,non erit locatio conductio,ſed contractus incertus, ex quo naſcitur actio præſcriptis verbis, ſive in factum *l. 19. rogaſti.* §.*1.& l.22.ſi tibi ff. de præſcr.verb.& initio tit.Inſt. de locatio.*

Secundò, Vno nummo factam conductionem nullam eſſe, habetur *in l. 46. ff. Locati & l. 10.* §.*f.ff. de acquir. poſſeſſ.* ut neque venditio uno nummo facta valet. Nam utrobique congrua debet eſſe quantitas & in pretio & in mercede, alioquin erit donatio, non venditio, non etiam conductio *l. 20. ſicut emptio.* §. *1. ff. locati & l.36. cum in venditione & l. 38. ff. de contrah. empt.*

Quod ad Tertium attinet, vetus eſt controverſia, an merces poſſit etiam in aliis rebus, quàm in nummis conſiſtere? Negat hoc Accurſius: & pro ſententia ipſius facere videtur *l.1.*§.*9.ff.Depoſiti. & l. 5. natur..* §. *at cum do. ff. de præſcript. verb. & l. 14.ſi hi, qui à vobis.Cod. d.Locat.* Quibus in locis omnibus mentio fit pecuniæ, unde colligitur, aliis in rebus præterquam in nummis, non poſſe mercedem conſiſtere. Incluſio enim unius eſt excluſio cæterorum, ut vulgò dicitur.Idem probat etiam Ferrarienſis *in form. libelli, quo agitur ad ficti præſtationem, in gloſſa ſuper verb. quinque florenos & duos,* allegans etiam Iacobum de Butrio, *ad d. l. 14. Cod. de Locato.* & dicit, errare notarios, cum ſcribunt, locatum eſſe fundum pro decem menſuris frumenti.Idem etiam tenuit Nicolaus Mozzius *in tract.de contract.tit.locat. colum. 2.n. 14.* Sed verior eſt aliorum ſententia, exiſtimantium, mercedem locationis poſſe conſiſtere non ſolùm in nummis, ſed in aliis quoq; rebus,quæ pondere, numero, & menſura conſtant, quæque ex eo, quod functionem recipiant in ſuo genere, *fungibiles* appellantur, ut ſunt oleum, frumentum &c. *argum. l. ſi olei.*

21.C. *de locato.l.19.si dominus & l.25.si merces.§.vis major.ff.locati. & l.8.si pascenda.C. d. pactis.* ubi *pecora partiata* appellantur, quorum fœtus dividuntur inter dominum & pastorem. Hanc ſententiam tutati ſunt, Corraſius *lib. 2. miſcell. c.* 11. & Cujacius *ad Afric.tract.*8. & fuſiſſimè Arius Pinellus *in comment. ad l. 2. Cod. de reſcind. vend.parte 2. c. 3.n. 28. & ſeqq.* Weſenbecius *in parat. Digeſt. tit. Locati num.7.* & Menochius *de adipiſc. poſſeſſ. remed. 3. n. 93.* Ad illos autem textus, quibus videtur pecunia requiri in locatione, ita reſpondent: *Pecuniæ* verbum latiùs ibi accipiendum eſſe, pro quibusvis rebus, præſertim fungibilibus, & non tantùm pro pecuniâ numeratâ ſive nummis. Non enim eſt una *pecuniæ* notio, ut apparet ex *l. penult.* §. *penult.C.de conſtit. pecun.* & ex *l.4.& l.178. pecuniæ verbum & l.222. pecuniæ nomine.ff. d. V. S.* & ibi Alciatus. Alii diſtinguendum putant inter locationem operæ ſeu faciendi; & locationem uſus ſeu fruendi: ut in illa requiratur merces tantum in nummis, in hac vero poſſit etiam conſiſtere in aliis rebus extra nummos. Videatur Gregorius Lopez. *lib.1. animad. cap.15.*

Quarto, quod attinet ad tempus ſolvendæ mercedis, hac in re ſequi debemus primùm id, quod pacto contrahentium eſt definitum. Secundo deficientibus fortè pactis, id quod fert mos regionis. Tertio, ſi neque mos regionis certus ſit, ſolvetur merces in fine anni, hoc enim eſt pro debitore commodius. Ita Accurſius, & Cynus, aliiq; *in l. 3. C. de Locato.* ac probat etiam Ferrarienſis *in forma Libelli. quo agitur ad ficti præſtationem,* argumento *l.35. ſemper in ſtipulationib. h. t. noſtro. de Reg. Iur.* Hæc ad definitionis explicationem dicta ſint.

Quia vero non ſatis conſtat, quis dicendus ſit Locator & quis conductor, id quoq; breviter conſtituendum eſt. Nam quod vulgo putant, locatorem, eſſe qui accepit mercedem: conductorem vero eum, qui dat: id perpetuum non eſſe, ac ſæpe fallere, docet Cujac. *lib.2.obſ.*28. Sæpè enim fit, ut locator det mercedem, non accipiat, & conductor contra non det, ſed accipiat, quod multis legibus probari poteſt. Potiùs igitur videtur locator dicendus is, qui dat aliquid utendum vel faciendum: Conductor, qui accipit utendum vel faciendum. *Cujac. d. c.28. & π C. de Locat. item in Not. ad Inſt.* Sive ita: Locator eſt, qui definitâ mercede vel rem utendam alicui concedit, vel in præſtandis operis alicui ſe offert: conductor eſt, qui definitâ mercede vel rem utendam ab altero accipit, vel in operis pręſtandis ſuſcipit placitum offerentis, ſive ipſe operas præſtet alteri, ſive ab altero operæ ſibi præſtentur. Poteſt tamen in operarum locatione uterq; contrahentium promiſcuè dici & Locator & conductor, *arg.l.22.item ſi pretio.§.1.& 2.ff.locati & arg.l.veteres.19.cum l.ſeq.ff.de act.empt.*

His evidentiæ causâ ita præmiſſis, ſequitur videre, quid recipiat hic contractus, ſive quid Locator Conductori, & Conductor Locatori præſtare teneatur ex natura hujus contractus. Qua de re hæc eſt ſumma comprehenſio: *Locator & conductor, id eſt, qui data acceptáve mercede vel utendum quid vel faciendum dedit vel ſuſcepit, præſtare debet præter dolum & latam culpam, etiam levem:* ut *hîc* & *l.5.* §. *nunc videndum. digeſt. commodat. l. 9. in princip. & §. ſi colonus. & §. Celſus. l. 11. videamus. in princ.* & *l. 25. ſi merces. §. culpæ. l. 60. cum inplures. §. ſervi. ff. Locati.* Item *l.13.* & *l. 19. §. ſi quis. eod. tit. l. 28. in judicio. Cod. de locato. l. 3. §.1. verſ. miratur. ff. nautæ. caupones.* Leviſſima igitur culpa hîc non præſtatur. Ratio

regulæ est: quia hic contractus fit ad utriusque utilitatem. *d. l. 5. §. nunc videndum ff. commodati.* Nam sicut ab altera parte versatur commoditas utendi vel fruendi, vel operarum, quæ à conductore vel locatore rei præstantur: sic ab altera parte versatur merces, quæ pro usu vel fructu, vel opera numeratur sive penditur. Quod secus est in re commodata: secus etiam in mandato. Nam in commodato usus conceditur gratuitus, sicut & in precario, ut supra dictum suo loco: similiter in mandato opera præstatur gratuita, quæ est notabilis differentia inter Locatum & commodatum ac mandatum. Ex quo ita licet argumentari: Hoc negotium non est gratuitum. Ergo non est commodatum. Ergo non est mandatum. *l. 17. si gratuitam. §. si cum virum bovem. digest. d. præscriptis verbis §. præterea. v. veluti si cum unum. Instit. de Locat. & conduct.* Exempla sunt varia, in quibus cernitur usus regulæ, quomodo quis ex contractu locationis non teneatur ultra dolum & culpam. v. g. si colonus non suo tempore opera rustica faciens intempestivâ culturâ fundum fecerit deteriorem, tenetur quasi ex sua culpa. *l. 25. si merces. §. conductor. digest. Locati.* Aliud est exemplum *in eadem l. §. culpæ a.* Si inimicitiis, quas cum vicino exercebat, adductus vicinus exciderit arbores in fundo; Aliud est in eo, qui jumentum, puta equum vel mulum, plus justo oneravit, atque ita ruperit, id est, corruperit. *l. 30. qui insulam. §. qui mulas. digest. Locati l. 27. si servus. §. & si mulum. 23. digest. ad L. Aquil.* Aliud est exemplum in eo, qui puerum suscepit docendum artem sutoriam & parum bene facientem tàm vehementer percussit cervicem formâ calcei, ut oculus ei effunderetur: *l. 13. Item quæritur §. item Iulianus. ff. Locati. l. 5. in f. ad L. Aquil.* Plurium exemplorum cumulum suppeditat *eadem l. 13.* quæ facilia sunt, ut lectione potiùs indigeant quàm interpretatione. Aliud est exemplum in eo, qui equum conductum malè pascendo in itinere deteriorem reddiderit, item, qui non flagellis, sed lignis & fustibus eum agitavit, *argumento. l. 1. & l. 18. C. d. cursu publico. lib. 12.* Aliud exemplum est *in l. 43. ff. Locati.* ubi conductor servi tenetur si eum vulneraverit. Aliud exemplum *in l. 42. eod. tit.* ubi conductor tenetur de servo locato surrepto, quod absq; dolo fieri non potest. Aliud exemplum est *in l. 19. sed addes. §. 1. ff. Locati.* Vbi locator tenetur, si dolia vitiosa locaverit, quamvis ignarus, ex quibus effluxit vinum. Aliud exemplum. *in l. 27. si servus. §. 9. si fornacarius. digest. L. Aquil.* si locator servum somnolentum alteri concesserit, quo obdormiscente ad fornacem conductoris domus combusta est, ex igne negligenter habito vel custodito. Conferatur etiam *l. 11. in pr. & §. 1. ff. Locati.* Ex cuius legis *§. fin.* etiam sumi potest exemplum, videlicet, si conductor contra legem conductionis aliquid fecerit, puta fœnum in villam urbanam componendo vel vehendo. Aliud exemplum & quidem perelegans est *in l. 57. ff. Locati.* Aliud *in l. 55. dominus. §. f. eod. tit.* ubi conductor sive colonus, qui fundum deseruit, sine justa & probabili causa tenetur locatori ad totius temporis pensionem, ut sc. locatori servetur indemnitas, quatenus ejus interest. Dixi: si conductor ante tempus migraverit sine justa & probabili causa, tum ipsum teneri. Nam aliud est dicendum, si justam habuerit & probabilem migrandi causam v. g. si profugit ex ædibus peste infectis, aut cum in illa vicinia grassaretur pestis,

vel si

vel si domus spectris infestabatur &c. *leg. vigesima septima. habitatoris.* §. 1. *eod. tit.* Et ibi Gothofredus elegans profert exemplum advocati Parisiensis, qui immunitatem obtinuit suo clienti ex tali causa. Plura exempla ab unoquoque colligi possunt in lectione Pandectarum & vita communi.

Porrò sententiam hanc de Locato, quod in eo præstetur dolus & lata ac levis culpa: nec quicquam ampliùs producunt Interpp. etiam in Emphyteusin: idque propter similitudinem eorum contractuum §. *adeò. Institut. de Locat. Novell.* 7. *scire autem.* quod & Ant. Contius, & Ant. Delrio. *ad h. legem* probant.

Sed ei, quod suprà diximus levissimam culpam non præstari in hoc contractu, nonnulla videntur obstare. Inprimis objicitur §. *penultim. qui pro usu. Instit. de locat.* ubi ait Imp. à conductore vestimentorum, vel agendi, vel jumenti, talem desiderari custodiam, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Iam verò diligentissima custodia opponitur levissimæ culpæ: ex quo effici videtur, etiam hanc in isto contractu præstandam esse. Respondent quidam, ut Accursius, P. Faber, Contius, Wesenb. Delrio, Bocerus & alii, superlativum ibi poni loco positivi, *diligentissimus* pro *diligenti*, quomodo alibi vice versâ nonnunquam positivus loco superlativi reperitur, ut *exactum officium*, pro *exactissimo*, in *l.* 21. *C. mandat.* Item *diligens* pro *diligentissimo*, in *l.* 25. §. *non tantùm. ff. famil. hercisc. l.* 5. §. *nunc videndum. vers. custodiam. digest. commod. & alibi.* Et Comparativus loco positivi usurpatur, ut cum dicitur culpa *latior*, pro lata, & *gravior* pro gravi. *l. quod Nerva.* 32. *ff. deposit. l. homo liber.* 64. *ff. de acquir. rerum dominio.* Ex quibus locis apparet, non tàm respiciendum esse ad figuram verborum, quàm ad rem ipsam ac rationem Iuris: cùm aliàs quoque traditum sit; leges non imponi verbis, sed rebus; ut ait Imp. in *l.* 2. *in fin. Cod. communia de legat.* Eodemque allusit *in l.* 2. §. 1. *C. de const. pecun.* Giphanius noster putabat, ponderanda esse illa verba: *paterfam. suis rebus.* quasi dicat Imp. conductorem si ipse sit diligentissimus in suis rebus, diligentissimum quoque esse debere in rebus conductis: idque pertinere ad levem culpam, non ad levissimam. Quòd si in suis rebus non sit diligentissimus, tunc non requiri etiam, ut in rebus conductis majorem adhibeat diligentiam, quàm in suis ac propriis. Hotomannus denique respondet, distinguendum inter locationem rei & locationem operis, quasi in illa tantùm levis culpa venit præstanda: in hac verò levissima. Quod jam olim sensit etiam & Decius: atque etiam Antonio Contio probabilius videtur: idque hac ratione, quia conductor operis in locatione tali intelligatur tanquam artifex tacitè promittere peritiam. *arg. l.* 9. *si quis domum.* §. *Celsus ff. locat.* Sed hanc solutionem rejicit Henricus Bocerus *ad hanc legem.* Præstat igitur, ut acquiescamus in prima solutione, vel etiam si placet, Giphanianam amplectamur.

Secundò objicitur *l.* 25. *si merces.* §. *qui columnam. ff. locat.* ubi conductor, qui columnam transportandam suscepit præstare dicitur debere periculum fractionis columnæ ejus inter tollendum vel portandum vel reponendum: quod periculum ex culpa ipsius ministrorum acciderit, & culpa dicitur abesse, si omnia sint facta, quæ diligentissimus quisque fuisset observaturus. Significat igitur Cajus, culpam levissimam præstandam esse. Aliqui eandem solutionem, quam

ad præcedentem objectionem attuli, etiam huic accommodant, nempe diligentissimum positum esse pro diligenti: Ita Antonius Contius, Bocerus, aliique. Aliqui vero speciale hoc esse dictum in re fragili, qualis est columna, ut ibi præstetur etiam levissima culpa, atque ita causam juris singularis sive specialitatis collocant in qualitate rei conductæ. Sic Martinus antiquus glossator: quam sententiam Alciatus quoque probat *ad l. Magnam de verborum signif.* Et Carolus Molinæus *in tractat. de eo quod interest. num.* 182. & Interpp. plerique *ad §. qui pro usu. Instit. de locatione.* Sed hanc solutionem refellit Antonius Delrio *hic.* Quia ICtus *in fin. dict.* §. ait, idem posse transferri, id est, accommodari etiam ad cæteras res: etiam si quis dolia vel tigna conduxerit transportanda, quæ tamen res non perinde sunt fragiles. Quare ipse potiùs vim ponit in qualitate conventionis, id est, in pollicitatione præsumpta ipsius conductoris, qui promiserit in conducendo artem sive peritiam quandam singularem, ut ita hîc quædam sit exceptio à superiori regula. Hîc enim imperitia quælibet, quamvis exigua, culpæ annumeratur, *argum. l. 9.§ Celsus. digest. Locati.* Quod si conductor non promiserit artem vel peritiam, ne quidem tacitè, tunc non tenetur de levissima culpa, qualiscunque sit res, etiamsi valdè fragilis. Hoc enim casu sibi imputare debet locator, qui non expressè sibi caverit atque prospexerit, paciscendo videlicet levissimam culpam: de qua proinde non poterit conductorem convenire. Neque enim hoc patitur istius contractus natura & conditio, quam non debuit ignorare locator. *arg. l. qui cum alio. h.t.nostro.*

Nunc addamus etiam alias exceptiones à regula: Ergo in Locatione præstatur etiam levissima culpa. I. Si quis eam promiserit, expresso videlicet pacto. Ratio est posita in vi pacti: & quia sibi imputare debet, qui tàm arctè se obligavit. II. Si quis sit artifex in aliqua re, ut Medicus, Faber. Hîc enim tacitè pollicetur summam atque exactissimam diligentiam. *arg d. l. 25. si merces.* §. *qui columnam. ff. Locati.* Præterea cum conductor non regulariter teneatur de casu fortuito seu vi majore, per *l. si quis domum. 9.* §. *Imper. Antoninus. & l.* 11. *Videamus.* §.1. *& l.15. Ex conducto.* §. 1. *& l. 25. si merces.* §. *vis maior. ff. locati. & l.28. in judicio. C. de locat.* Aliquando tamen etiam casum, cui resisti non potest, præstare tenetur: ut 1. Si ita convenerit, id est, si pacto eum in se recepit. *d.l.9.§.Iulianus.2.ff.locat.l.13. item quæritur.* §. *si gemma. eod. & l.8. licet. C. eod.* 2. Si culpa ipsius contigerit ille casus. *d.l11.* §.1. *&* §. *ult. & d.l. 25.§ qui columnam. ff. d.t.*

Restat postremo, ut etiam de Actionibus quæ ultro citroque dantur, breviter explicem, & affinia quoq; remedio sive concurrentes actiones attingam. Competit autem locatori quidem actio locati. Conductori vero conducti, ut ait Imp. *init. tit. Inst. de Locatio.* & idem utramque harum annumerat actionibus bonæ fidei *in* §. *Actionum. Inst. de Action.* Suntque hæ actiones directæ, non contrariæ: quia conductor æquè directo ac principaliter agit adversus locatorem, atque locator contra conductorem. *Ioh. Oldendorp. class.4. act.9.* Illa autem distinctio inter actionem directam ab una parte, & contrariam ab altera ibi tantùm habet locum, ubi non uterque contrahentium æquè principaliter ac directo agit, sed unus tantùm.

Sed videamus paulisper seorsim, ad quid utraque actio detur: Itaque Locati

actio

actio datur locatori potissimùm ad ista. Primò, ut conductor, cui usus rei est concessus, pro mercede solvat eam mercedem sive pensionem, sive reditum, ejusque præstet usuras post moram. *l. 17.C.de Locato.* Est enim hoc de usuris præstandis generale in omnibus bonæ fidei judiciis. *l.32.§. in bonæ.& ibi gloss.ff. de usur.* Quando autem solvi debeat merces, jam suprà dixi. Secundò: ut conductor rei expleto ejus usu & finita conductione rem locatori restituat. *l. 25. si quis conductionis. Cod. de Locato.* Ex quo intelligimus, non posse conductorem referre locatori quæstionem dominii, sed priùs debere possessionem ejus restituere, quàm litiget de proprietate. Qui autem non restituit rem locatam, contra eum locator potest jurare in litem, & tanti ipse condemnabitur, quanti in litem juraverit actor. *l.48.si cui locaverim.§.1.ff.Locati.* Est etiam hoc generale in b. fidei judiciis, ut contra reum juretur in litem. *l.5.In act.in pr.& ibi Duar.ff.de in litem jur. l.3.§.in hac actione. ff.commodati.* Tertiò: ut conductor emendet damna, quæ ipsius dolo vel culpa lata ac levi in re conducta contigerunt. *l.43.l.55.§.f. & l.57. ff. Locati.* Quartò: si quid fortè conductor fecerit contra legẽ conductionis, i. e. contra id, de quo convenit, ut fieret, vel non fieret, Sæpè autem in jure nominatur *lex conductionis*: item *lex locationis*: id sc. de quo convenit, quia legem & formam contractui dedit. Quintò: aliquando hęc actio datur ad hoc, ut quis liberetur locatione conductione. Exemplum refertur *in l.75.ex conducto.§.fin.ff. Locati.* Sextò: interdum agere potest Locator ad hoc, ut Conductor migret etiam ante expletum tempus locationis. *l.3. Cod.de locato.* Ex qua lege observandi sunt tres casus, quibus conductor cogi potest ad migrandum ante tempus, quamvis paratus sit diutiùs manere & mercedem solvere. 1. Casus est: Si dominus ipse indigeat. 2. Si domum corrigere velit ædificando vel fulciendo. 3. Si conductor malè versatus sit in re conducta. Hic addendus est quartus casus, si non solvam pensionem intra biennium. *l.45.quæro.§.inter locatorem.ff.locati.& Accursius ad d.l.3.C.eod.* Postremò notandum est, Conductorem, qui non restituit domino ante sententiam definitivam rem quam ab eo conduxit, non solùm rem locatam, sed etiam æstimationem ejus, atq; ita duplum præstare compellendum esse. *l.34.Conductores (aliàs est l.33.) C.de locato.l.10.Non abs re.C.unde vi.*

Atque hæc ita se habent, si Res locata sit, sive Vsus rei: nec interest sive mobilis sive immobilis: si verò locatæ sint Operæ, item si Opus sit faciendum sit locatum, quid tunc in hanc actionem veniat, peti potest ex Oldendorpio *class.4. act. 9.* & ex Nicol. Vigelio *in method jur. Civil.part.5.lib.19.c.5.& 6.*

Concurrunt autem cum hac actione Locati, etiam aliæ. Vt primo, Actio L. Aquiliæ de damno injuriâ dato, si Conductor rem locatam, puta servum vel jumentum culpa sua quassaverit, & deteriorem fecerit. *l.13.item quæritur.in pr.& l.43. si vulneraveris. digest. Locati.* Aliud exemplum talis concursus est *in eadem lege 13. §.4.Item Iulianus.ff. locati, & in l.5. §.fin. ff.ad l.Aquiliam.* Et rursum aliud *in l. 25. si merces. §. 5. ipse quoque. digest. locati.* Aliquando tamen accidit ut videatur quidem danda actio legis Aquiliæ, & tamen non detur: ut videre est *in l. qui domum. 57. digest. locati.* Secundo concurrit Actio furti: nempe si Conductor rem conductam mobilem lucrandi animo contrectaverit & surripuerit. *l. 42. si locatum. ff. locati.* junctâ *leg. 34. qui servum, §. 2. sive de colono. digest. de obligat. & actionibus.*

Tertio concurrit actio arborum furtim cæsarum, quæ est in duplum ex L. 12. tab. si videlicet conductor arbores exciderit in fundo conducto. *l. 25. si merces. §. ipse quoque. ff. Locati. & l. 1. digest. Arbor. furtim cæsarum.* Quarta concurrens actio est, Serviana & Hypothecaria. Nam Locator habet sibi obligatam non solùm personam conductoris, sed etiam ejus res invectas & illatas in domum & fundum conductum: Habet, inquam, in his rebus jus pignoris, ad quod persequendum istæ actiones ipsi dantur, qua de re nonnihil attigi suprà, cùm de pignore explicarem. Quintò, concurrit etiam interdictum Salvianum ad recuperandam possessionem ejus rei, quam conductor alienavit, cum intulisset vel invexisset in fundum, ut esset pignori pro pensione. *t. t. de Salvian. interdict. & t. Cod. de Præt. & Salvian. interdict.* Sextum remedium est; quo locator postulat, ut horrea sive insulæ conductore diu latitante & intra biennium non solvente pensionem, aperiantur, & res conductoris, quæ intus sunt, describantur à publicis personis. *l. 56. cum domino. ff. Locati.* Septimum affine remedium est, Actio empti & venditi, ut *in l. 13. Iulianus. §. pen. ff. de Act. empt. vendit.* Vbi quis vendidit domum & excepit sibi habitationem certi temporis, vel fundum vendidit, & pactus est, ut sibi liceret eo perfrui ad certum tempus. Etsi enim hoc casu intervenisse videtur Locatio; tamen spectandum est potiùs, quid principaliter actum sit. Actum est autem hoc, non ut locaretur fundus vel domus, sed ut venderetur, quamvis cum tali pacto, ut dictum est. Octavò, pro actione locati interdum datur actio præscriptis verbis: ut *in l. 17. si gratuitam. §. 3. si cum unum. ff. de præscript. verb. §. præterea. vers. veluti. Institut. de locat. & conduct.* Nonò: Interdum etiam uni eidemque dantur ante actiones, ita, ut in eandem personam concurrat actio locati & actio conducti, quod fit inter socios, qui fundum habent communem pro indiviso, & pacti sunt inter se, ut alternis annis certo pretio eum haberent coductum. *l. 35. & hæc distinctio. §. cum fundum communem. ff. locati.* Decimò: Ex eadem lege alia quoque concurrens actio est notanda, videlicet communi dividundo: qua socius socio præstat damnum, quod in fructibus insequentis anni ipsi dedit. Postremò etiam cernitur affine remedium, in extraordinariis cognitionibus, quibus petuntur salaria & honoraria Advocatorum, Medicorum, Professorum & similium. *l. 1. ff. de Extraord. cogn.* Ex qua lege probè notandum est, si non steterit per advocatum, quò minùs causam perageret, cujus patrocinium suscepit, non posse cogi vel ipsum, vel ejus heredes, ad reddendum honorarium, quod accepit, *l. 1. §. 13. Divus Severus. digest. de extraordin. cognit. & l. 38. qui operas. §. 1. digest. Locati.* Videatur etiam Ioh. Gallus *lib. 1. quæst. jur. cap. 7.*

Sequitur paucis de Actione conducti sive ex conducto. Datur hæc Conductori contra Locatorem, & quidem potissimùm ad ista? Primò: ut Locator conductori præstet frui licere re conducta, vel id, quod ejus interest. Item ut reficiat villam & domum vel stabulum vitiosum. Item, ut præstet, si quid in lege conductionis convenerit. *l. 15. Ex conducto. §. 1. & l. 24. si in lege. §. colonus. & l. 33. si fundus. cum l. seq. ff. locat.* Notanda est autem ex *d. l. 33.* distinctio inter eos, qui prohibent usum rei conductæ. Alii namque sunt, quibus id prohibere dominus sive locator non potest, quò minùs id faciant. Alii contrà sunt, quibus facile potest prohiberi.

hiberi. Priori casu tenetur locator tantùm, ut remittat conductori mercedem, vel ut acceptum restituat: posteriore casu tenetur ad id quod interest. Idq; optimâ ratione differentiæ: quia priore casu nihil est, quod imputari possit ipsi: sed posteriore casu est, quod ipsi prohibetur. Sed si non liceat conductori re conductâ frui, puta, quia domus aliena erat locata, eamque verus dominus evicit; absolvendus erit locator in hac actione ex conducto, si paratus sit aliam habitationem æquè commodam præstare conductori. *l.9.si quis olim.in pr.ff.locati.* Prætereà datur actio conducti ad hoc, ut locator præstet damna, quæ passus est conductor, ob vitium rei locatæ, vel scivit locator, vel scire potuit ac debuit. *l.19.sed addes.*§.1. *ff.locati.* Ubi distinguitur inter scientiam & ignorantiam vitii. Insuper datur hæc actio ad instrumenta fundi tradenda, quæ solent Locatori inservire & usibus fundi *dict.l.* 19.§.*illud nobis.ff.locati.* Adhæc datur actio ex conducto ad recuperandas impensas necessarias & utiles, quas conductor in re conducta fecit. *l.55.Dominus.*§.1.*& l.61.colonus.in pr.ff.locat.* Ad easdem impensas servandas datur etiam conductori exceptio doli mali, quâ repellat locatorem agentem ex locato ad mercedem. *d.l.61.in pr.* idque tum ex eo, quia talis locator cuperet locupletari cum alterius damno contra bonam fidem & æquitatem naturalem: tùm etiam ex regula Iuris, *Cui damus actionem, eidem & exceptionem competere, multò magis quis dixerit.* Item ad servandas impensas datur etiam conductori facultas tollendi, quatenus scilicet id fieri potest sine deformatione ædium, ne illarum conditio fieret deterior inter tollendum, sed ut pristina facies servetur vel reddatur. *l.19.sed addes.*§.*si inquilinus.ff.locati.* Insuper datur actio ad remissionem vel exonerationem pensionis, vel etiam redditionem ejus, quod locator accepit, ob nimiam sterilitatem vel interitum rei, ex incendio aut labe vel hiatu terrę existente, vel ob alios casus, per quos factum est, ut conductori non liceret frui re conducta. *l.* 9.§. 4.*Imperator.l.15.*§.1.*si quis.&*§.6.*si quis cum in annum.& l.si merces.25.*§.*si vis major.ff.locati.* Rationem hanc rectissimè reddit Wesenbecius *in parat.ff.locati.* quia cum ob usum rei præstetur merces; æquum est, ut qui uti re nequit, ei fiat remissio pensionis. Si quis igitur, ut sæpè fit, habitationem aliquam conducens in annum, prærogaverit pensionem integram, nec tamen possit per totum annum ea domo uti, quia scil. post semestre corruit vel combusta est, post residui temporis pensionem repetere: & quidem tantùm hac ex conducto actione; non autem condictione indebiti. Nam hæc actio non datur nisi illi, qui per errorem solvit indebitum. Iste autem Conductor non per errorem solvit pensionem integram, sed sciens ac prudens, idque non donandi causâ, sed in eum finem, ut sibi prospiceret, in causam conductionis. *d.l.* 19.§.*si quis cum in annum.ff.Locati.* Sic si quis in plures annos fundum vel domum alicui locaverit, certà mercede, & tandem testamento suo damnaverit heredem, ut conductorem liberaret, id est, ne ullam mercedem ab eo exigeret (quod aliâs dicitur *legatum liberationis. t.t.ff.de liber. legat. &*§.*si quis debitori. Instit.de legat.*) Hoc casu potest Conductor agere contra heredem ex conducto, ut patiatur eum reliquo tempore frui, & mercedem remittat. *l.24.si in lege.*§.*fin.ff.Locati.* junctâ *l.16.ei cui.cum ll.seqq.ff.de libr.legat.* Præterea ex conducto agi potest ad liberationem, in casu *l.* 9.§.*fin.ff.Locat.* Sicut etiam

vice versa interdum locati agi potest, ut quis locatione liberetur, ut est in *l. 15. ex conducto. §. ult. eod.t.* Hoc amplius, potest inquilinus agere ex conducto aduersus locatorem seu dominum, ut is patiatur ipsum emigrare ex ædibus ob timorem ruinæ impendentis sive damni infecti. *l. 33. Inquilino. ff. de damno infecto.* Sed hoc ita demùm, si pensiones superioris temporis paratus sit solvere. Nam alioquin justa erit causa retentionis in rebus invectis & illatis. *l. 34. utiq; ff. de damno infecto.* Quid autem si res pignoris jure retentæ, ruinâ vicinarum ædium interierunt post emigrationem Inquilini? Respondet Paulus *in d. l. 33.* Locatorem etiam pignoratitiâ actione teneri; si, cum posset eas in locum tutiorem transferre, non transtulit. Innuit ergò Paulus per particulam *etiam*, posse hunc Locatorem etiam ex conducto conveniri: & has duas actiones hoc casu concurrere; quod probè est notandum.

Postremò notandum est, etsi regulariter & plerumque ea locatione & conductione nascitur obligatio mutua, per quam alter alteri obligetur: (Est enim hoc negotium ex eorum numero, quæ vocantur δίπλευρα, q. dicas, *bilatera.*) tamen interdum contingere, ut conductor solus obligetur, locatore non obligato. Cujus rei exemplum proponit Paulus *in l. 20. sicut emptio. §. fin. ff. Locati.* in eo videlicet, qui fundum emit, & conduxit eundem, donec pretium solverit.

Cum hac quoque Actione ex conducto concurrunt aliæ: ut primò Communi dividundo: Secundo, Actio præscriptis verbis. *l. 23. si convenerit. ff. comm. divid.* junctâ *l. 35. & hoc distinctum. §. 1. ff. locati.* Inter quas duas ll. quædam videtur esse ἀντινομία, dum videlicet prior negat hîc dari actionem ex conducto, altera affirmat. Eam solvit Accursius *in gloss. d. l. 35.* quæ vulgò est 38. & aliter respondet Cujacius *tract. 8. ad Africanum.* Tertiò, concurrit etiam Actio ad exhibendum in casu. *l. 19. sed addes. §. 5. si inquilinus. ff. locati.* Quartò, Prætereà etiam concurrit actio legis Aquiliæ: si conductor damnum acceperit ex re locata. *l. 27. si servus. §. penult. ff. ad l. Aquiliam.* Item concurrit actio noxalis damni vel furti: vel potiùs deficiente actione ex conducto, illa datur, ut est *in l. 45. in princ. ff. locati.* Idem dicendum est de furti actione, *in dict. l. 45. §. 1.* videndæ etiam. *l. 31. si servus. ff. de pignorat. actione. & l. penult. ff. locati.* Interdum etiam pro actione ex conducto datur actio de peculio, vel de in rem verso, *ut in d. l. 60. §. servum. ff. locati.* Interdum condictio indebiti. *dict. leg. vigesima nona. sed addes. §. si quis ff. Locati.* Interdum denique concurrit etiam Actio ex testamento, ut suprà dictum est *ex l. 19. & præcedent. duabus. ff. de liberat. legat.* Postremò: Interdum etiam exceptio concurrit cum hac actione, ut *l. 25. si vicino. ff. locati.* Idq; ex regula Iuris:

Cui damus actionem, eidem & exceptio multò magis competit.

CAPVT

CAPVT DECIMVM. *DE DOTIS DATIONE.*

De Dotibus earumque jure cum plurima tractari possint: ita hanc interpretationem instituam & moderabor; ut neque nihil aut nimis pauca, neque omnia tamen, aut nimis multa, hoc loco attulisse videar. Regulæ autem nostræ, quæ potissimum agit de eo, quid præstet maritus uxori in re dotali, quædam majoris evidentiæ & præviæ cujusdam cognitionis caussâ sunt præmittenda.

Ad Vocabulum quod attinet: Dos vocabulum est Græcæ originis. Nam & Græcis δῶς dicitur pro donatione: ut apud Hesiodum; δῶς ἀγαθή. Varias autem habet notiones: ut cum dicimus, *dotes animi & corporis*: significantes ornamenta, quibus quis est præditus. Item cum ait Varro *de re rustica*, *vineam cum sua dote*: significans accessionem, seu instrumenta vineæ ad culturam ejus & fructuum collectionem pertinentia. Sic & in jure *Dotes prædiorum* dicuntur, *l.2.§.ult. & l.20. §.1. ff. d. instru. vel instrument. legat. l.34.§.1.ff.d. legat.2.* Sic in jure Pontificio dicuntur *Dotes Ecclesiarum*, proventus sive reditus, qui Ecclesiæ assignati sunt ab earum fundatoribus ac patronis. *c. cum sicut. Ext. de consecr. Eccles.* Ad quod exemplum etiam *Academiarum sive Vniversitatum dotes* sunt introductæ: dum Principes earum fundatores certa aliqua prædia, certos fundos, vel etiam pagos, eorumve reditus annuos, ipsis attribuerunt; unde earum Doctores sese exhiberent, suaque perciperent stipendia.

Sed illarum significationum nulla est hujus loci: ubi *dotem* in re matrimoniali accipimus propriè; cùm sine matrimonio dos esse aut consistere non possit. *l.3.& l. stipulationem. ff. d. jur. dot.& l.3.ff. pro dote. l.ult. C. d. repud. cum similib.* In ipsa quoque re matrimoniali, *dos* non uno modo capitur. Aliquando enim usurpatur pro contractu: aliquando pro re ipsa, quæ in dotem datur: aliquando pro jure in rem: ut in *l.1. §. Celsus. ff. de dote prælegat.* sicuti etiam de *Feudi* vocabulo aliâs admonui, *lib.1. Partit. Iur. Feudal. cap.3. q.3.* Hoc loco *dotem* accipimus in significatione contractus, ut *in l. nostra, & in l.65. ff. d. judic. & l.5. §. nunc videndum. vers. sed ubi utriusq;. ff. commodati.* nec non *in l.1. ff. d. jur. dot.*

Et Definimus Dotem cum Cujacio, *in parat. Cod.* quòd sit *Conventio, qua res aut pecunia certa propter justam uxorem, & propter onera matrimonii, pervenit ad virum.* Quæ breviter explicanda sunt. Generis loco ponitur *Conventio*: quo nomine complectimur omnes modos constituendæ dotis: scilicet & stipulationem, & pactum, & pollicitationem sive nudam promissionem & oblationem. Nam ex his omnibus obligatio nascitur efficax ad agendum. *l.4.& l.6. ab exactione C.d.dot.promiss.& nud.pollic.l.1.& l.avia. C.de jur. dot.* Hoc enim casu in favorem dotis hoc receptum est, ut etiam ex nudo pacto detur actio: quæ aliâs non daretur. *l.7.quinimò.ff.d.pact.cum multis similibus.* Et fingitur hîc semper intervenisse stipulatio. *§.fuerat. Instit. d. action. & l.unic.Codic. d. rei uxor. action.* Omitti-

tur in hac definitione *Dictio*. Etsi enim dos etiam olim constituebatur dictione, quæ erat solennitas quædam verborum, ut ex Vlpiani *fragm. t. 6.* & ex Caii *Instit. t.d.Verb. Oblig.* constat: Nam ea *Dictio dotis* in desuetudinem abiit. Omittitur quoque mentio *instrumentorum dotalium*, (quæ & *tabulæ matrimoniales* appellantur etiam S. Augustino) quia tametsi hæc sæpè accedunt: (ut fit instrumenti dotalis mentio in *l. 72. mulier, §. fin. D. de. jur. dot. & alibi*) tamen non ita sunt necessaria, aut de substantia dotis, vel etiam matrimonii, ut omissio illorum vitiet actum. *arg. l. 4. D. de fid. instr. & l. 4. D. de pignor. & hypoth. l. 1. & ibi gl. plures leges concordantes annotat. C. de fid. instr.* Dictum est in definitione de *Iusta Vxore*: quia ut dos valeat, non satis est matrimonium esse & uxorem; sed etiam oportet matrimonium esse justum, & justam uxorem. Dotis enim appellatio non refertur ad ea matrimonia quæ consistere non possunt: ut ait Vlpianus *in l. 3. ff. d. jur. dot.* Nec dos intelligitur, ubi matrimonium non secundum legum præcepta est contractum: ut ait Imperator, *in §. si adversus. instit. d. nuptiis*: & Paulus, incestas nuptias neque dotem habere. *l. 52. incestæ ff. d. rit. nupt.* Quod idem intelligendum est de quibusvis inutilibus & injustis nuptiis: *Facit l. non dubium. 5. C. d. legibus.* Quod additur in definitione *propter onera matrimonii*: id pertinet ad finem hujus contractus. Nam idcircò datur dos, ut maritus tantò faciliùs sustinere onera matrimonii quæ ipsi multa certè & magna incumbunt, in uxore, in sobole, & reliqua omni familia alenda seu exhibenda. Ad hoc igitur inserviunt ipsi fructus, quos ex dote percipit & suos facit: ut est *in l. 7. dotis fructus. & l. 10. plerunq. §. sed vetus ff. d. jur. dot. l. 20. pro oneribus. C. eod. t.* Eleganter ait Paulus: *dotis fructum ad maritum pertinere debere, æquitas suggerit: Cùm enim ipse onera matrimonii subeat; æquum est, eum etiam fructus percipere.* Facit huc *L. secundum naturam. h. t.* & quod alibi dicitur à Paulo, *Absurdum esse, alium habere commoda rei, alium onera sustinere. l. 15. qui in potestate. §. fin. ff. de legat. præstand.* Quod additur in definitione, *quæ res ad virum pervenerit*; hoc non ad petitionem, sed ad repetitionem, & alia quædam jura ac privilegia dotis pertinet. Nam ut dos possit repeti (quod fit regulariter non constante matrimonio, sed soluto per mortem vel divortium *l. 24. si constante. Vbi Dd. D. Sol. mat.*) non satis est, dotem cautam sive promissam esse, vel etiam à marito confessam; sed oportet etiam re ipsa datam sive numeratam, & (ut loquuntur Interpretes realiter illatam esse ad virum. *l. 1. & t. t. Cod. d. dot. caut. non num. Mynsing. cent. 1. Obs. 61.* Impp. vocant *dotem corporaliter traditam*, in *l. 9. si quis posthac. Cod. d. bon. proscript.* Ad petitionem tamen dotis id est ad hoc, ut maritus eam primò exigere possit ab jis, qui illam promiserunt sive constituerunt, sufficit sola promissio. *dict. l. 6. ad exactionem. C. d. dot. promiss. l. 1. §. pen. ff. d. collat. dot.* Fingitur enim intervenisse stipulatio. *l. unic. C. de rei uxor. actione. & §. fuerat. Inst. d. actionib.* Ac omninò diligenter distinguendum est inter has duas de dote actiones: petitionem, quæ datur marito contra promissorem, ad exigendam dotem: & repetitonem, quæ datur uxori, vel ejus patri, vel alteri promissori dotis contra maritum vel ejus heredes ad dotem repetendam soluto matrimonio. Quas inter actiones rectè etiam distinguit Oldendorpius *class. 4. act. 26.* & infrà admonebo, cum de actionibus tractabo. Potest etiã definiri dotis datio, quod sit *Contractus re initus, quo maritus obligatur ad*

dotem

dotem acceptam, soluto matrimonio restituendam. Sed hæc definitio ferè ex suprà dictis intelligi potest; unâ & alterâ exceptâ particulâ; ut de restitutione cui scilicet illa sit facienda, sive quis habeat actionem de dote repetenda. Qua de re explicatur *ad l. 6. jure succursum. ff. d. jur. dot. l. 2. l. 6. Avia. cum l. seq. & ad l. 19. & l. 26. si genero Cod. eod. t. & ad l. unic. Codic. de rei uxor. action.* Ad eandem clausulam hoc quoque notandum est: non semper obligari maritum ad restituendam dotem. Nam primò retinet ac lucratur eam, si culpâ uxoris matrimonium fuerit dissolutum, puta ipsius adulterio, vel alia simili caussa quales enumerantur *in l. 9. Cod. de repud. Videatur l. 44. si dotem. Cod. de jur. dot. & Henning. à Gœden. consil. 13. num. 26. & cons. 105. num. 30.* Deinde maritus lucratur dotem, si tale pactum in continenti sive initio contractus apposuerit. Tertiò, si tale sit statutum, vel talis consuetudo in regione frequentetur, ut maritus lucretur dotem. Deinde circa restitutionem dotis hoc quoque observandum, quod maritus hac actione conventus, non teneatur in solidum; sed quatenus facere potest deducto, ne egeat. Qua de re explicatur *in §. Item si de dote. sub finem. Institut. t. d. action.* Vbi tractatur etiam de aliis hujusmodi personis, quæ non in solidum condemnantur. Illud quoque notandum ad verba, *soluto matrimonio*; quamvis regulariter tum demum dos repeti possit: quia videlicet eo tempore dos incipit sine causa esse penes virum; quippe cùm jam cessent onera matrimonii, ob quæ faciliùs toleranda dos fuerat data: interdùm tamen etiam constante matrimonio eam repeti posse, videlicet, si maritus vergat ad inopiam; sive facultatibus labatur. Idque & utroque jure cautum est, & consuetudine receptum; optima sanè ratione; quia melius est in tempore consulere mulieri, ut dotem suam habeat salvam, quàm exspectare infelicem exitum, & post caussam vulneratam, ut dicitur, serò remedium quærere. *arg. l. ult. C. In quib. causis in integ. restit. necess. non est.* Videatur *l. 24. in princ. ff. solut. matrim. & l. 29. ubi adhuc. C. d. jur. dot. cum authen. subject. & c. per vestras. Extra d. donat. int. vir. & uxor. Andr. Gail. lib. 2. Obser. 83.*

Nunc, priusquam transeamus ad divisionem sive species dotis; separanda est dos à COGNATIS quibusdam rebus. Tales sunt 1. *Sponsalitia largitas*, quo verbo significantur munera, quæ inter Sponsos dantur, item *arrhæ Sponsalitiæ*: alio nomine etiam *Sponsalia* dicuntur. *t. t. C. d. Sponsal. cum 3. seqq.* Ubi videatur Cujacius *in parat.* Ius autem hujus quàm sit diversum à dote, cuivis obvium est, & ex dd. ll. facilè peti potest. 2. Cognata est doti *donatio propter nuptias*, quæ olim dicebatur *Ante nuptias.* Hæc velut ex altera parte respondet doti: Unde etiam *Antipherna* appellatur, q. d. *contra-dos.* Germani vocant Gegensteuer / oder Gegenvermächnuß. Nam sicut mulier vel alius pro ea, & maximè pater, (cujus est dignitate natalium sive familiæ. *l. 60. & 69. cum post. §. genero. & §. seq. ff. d. jur. dot. l. 43. ff. d. legat. 3.* adeò ut etiam à magistratu ad hoc cogi possit. *l. fin. Cod. d. dot. promis. & l. 14. neq. mater. ff. d. jur. dot.*) sicut, inquam, illi dant dotem: sic maritus, vel ejus pater, vel alius, dat hanc donationem propter nuptias: de qua agit etiam Imperator, præter *d. t. Codic. de donat. ant. nupt. in §. & aliud. Instit. d. donationib.* & in *Nov. 38. & Nov. 97. & Nov. 119.* Cujacius *in parat. Cod.* eleganter vocat donatio-

nem propter nuptias, *Amußim, Examen, Levamentum Dotis*: propter illam ſcilicet æqualitatem, quâ vulgò interpretes dicunt eam pari paſſu cum dote ambulare. In Pandectis ſanè hoc genus donationis nuſquam nominatur: quia ICtis veteribus ignotum fuit; demum per conſtitutiones Principum, & quidem Iuniorum, ut loquitur Imperator, id eſt, poſteriorum, introductum.

Hæc duo conveniunt 1. in eo, quòd tam donatio propter nuptias, quàm dos, poteſt conſtante matrimonio, & primùm conſtitui, & augeri quoque. *l. penult.* & *fin. C. d. donat. ant. nupt.* & *§. eſt & aliud. Inſt. d. don.* tametſi aliàs ſimpliciter donationes inter conjuges regulariter ſint prohibitæ. *t.t. ff.* & *C. d. donat. inter vir.* & *ux.* 2. conveniunt in eo, quòd ſicut nomine dotis habet mulier tacitam hypothecam in bonis mariti. *l. unic. §.* & *ut plenius. C. d. rei uxor. act.* & *ibid. Accurſius*, & *l. fin. §. 1. Codic. qui potior. in pign. hab.* ita etiam pro conſervanda datione propter nuptias. 3. Sicut dos amittitur culpâ uxoris; ita & hæc donatio culpâ mariti perditur. 4. Sicut pacto vel conſuetudine effici poteſt, ut dos cedat lucro mariti, ita etiam ut hanc donationem lucretur uxor.

Differunt tamen hæc duo in multis aliis: V. G. 1. in eo, quòd dos à parte uxoris: donatio autem iſta à parte viri datur: Tametſi moribus veterum Gallorum à marito dos data fuerit, teſte Iul. Cæſare *lib. 6. commentar. de bello Gallico.* 2. differunt fine. Nam dos datur marito, propter onera matrimonii, & ut fructus inde percipiat, ſuoſque faciat, ut ſupra dictum eſt ex *l. 7. ff. d. jur. dot.* Sed donatio iſta propter nuptias aſſignatur uxori, ad ſecuritatem dotis: & ut ſit quaſi hypotheca quædam, quam ſoluto matrimonio reſtituat marito eiuſq; heredibus, poſteaquam ipſi de dote ſatisfactum eſt: ut notat Weſenbecius *in parat. d. jur. dot.* 3. differunt, quo ad reſtitutionem. Dos enim reſtituenda eſt mulieri, vel alteri qui eam ſibi reddi pactus vel ſtipulatus eſt: Donatio autem iſta reddi debet marito, vel heredibus ejus. Sed de donatione propter nuptias, ejuſq; jure videri poſſunt, quæ diligenter ſcripſit clariſs. Collega noſter, Scipio Gentilis. *lib. 4. d. donat. int. vir. & uxor. cap. 16.*

Tertiò cognationem habent cum Dote bona mulieris alia, quæ extra dotem habet atq; ad maritum affert. *Parapherna* vocantur, vocabulo Græcæ originis, quod in jure quoq; noſtro tribus in locis reperitur. ut *in l. 8. hac lege.* & *l. fin. C. d. pact. convent. tam ſuper dot.* & *in l. 9. ſi ego. §. cæterùm. ff. de jur. dot.* Dicuntur autem *Parapherna* 4. præter dotalia, Germanis noſtris ſunt Nebengütter / Item Einhandgütter. Papinianus *ſpecies extra dotem* appellat, *in l. 31. donationes. §. 1. ff. d. donationib.* Poteſt quidem uxor nubendo univerſa bona ſua marito in dotem dare: ut eſt *in l. 72. mulier. ff. d. jur. dot*, Idq; nulla lege facere prohibetur, teſte Imp. Alexandro *in l. 4 C. de jur. dot.* & Andr. Gailio *lib. 2. Obſ. 82.* Idq; etiam bonum id eſt conſultum eſſe cenſent Impp. *in d. l 8. C. de pact. convent.* quia ſcilicet, cùm mulier ſe ipſam ſuumque corpus marito committat: quæ ratio eſt, nolle pati, ut per eundem etiam res ipſius gubernentur? Veruntamen ſi ita placeat mulieri, aliquas res extra dotem ſibi retinere, nec omnia bona in dotem dare, mos ei gerendus eſt: cùm quilibet rerum ſuarum moderator ſit & arbiter, poſſitq; eas vel retinere, vel alienare. *d. l. 8.* & *l. 21. in re mandata, C. Mandati.* Dicuntur verò Parapherna etiam *peculium mulieris*, vocabulo Gallico, ut ait Vlp. *in d. l. 9. ff. d. jur. dot.* Ex quo apparet, non eſſe veram diſtin-

distinctionem quorundam: qui putant, parapherna dici *bona extra dotem* eo casu, quo utenda fruenda dentur marito: *peculium* verò, si serventur & possideantur ab ipsa uxore. Vlpianus certè *in d. l. 9.* ejusmodi discrimen minimè agnovit,

Differentia *Paraphernorum* à *Dote* manifesta est. Nam dotis dominium transfertur in maritum, & hic dotis est dominus constante matrimonio. *l.13.dotale prædium.* §. 2. *ff.de fundo dotali.* Vnde & rei vindicationem habet: quæ actio non datur, nisi domino. *l. 9. doce. Cod. de rei vind. & l.22.in rem actio.ff.de rei vind.* Sed Paraphernorum dominium non transit in maritum: nisi hoc ipsum agatur inter conjuges, ut mariti efficiantur. *d. l. 9. si ego.* §. *cæterum.ff.de jure dot.* Alioqui maritus nolente uxore ac prohibente ne quidem administrationi illorum bonorum sese immiscere debet. *d. l.* 8. C.*de pact. convent.* tametsi ut procurator & tanquam persona conjuncta possit exercere actiones illorum bonorum nomine, aliquando quidem cum cautione sive satisdatione de rato; aliquando etiam sine ea admittendus. *lege vigesima prima, Maritum. C. de procurat. & l. fin. C. de pact. convent.* Quarum legum contrarietatem pulchre conciliat D. Giphanius, *ad d. l. maritum. C. de procurat.* aliter quàm vulgò DD. qui ut hanc ἀντινομίαν dissolverent, excogitarunt discrimen inter bona mulieris *parapherna*, quæ ipsi vocant *Paraphernalia*, & inter bona *Receptitia*. Sed hoc discrimen planè esse commentitium, & *Parapherna* à *Receptitiis* non differre, nisi nominis sono, docet idem Giphanius *d.loco.* Quid enim sunt Receptitia bona, nisi Parapherna, quæ mulier extra dotem sibi peculiaria recepit ac reservavit: Et quid sunt Parapherna, nisi bona receptitia mulieris? Quamvis inter illa etiam Mynsingerus & Gailius *in Observationib.* & Hotomannus *in tract.de dotib.* cum Bartolo & vulgo distinguant. Notanda est autem ex *d.l.9. ff.de Iure dot.* memorabilis consuetudo Romæ frequentata, quâ solebant plerunq; res extra dotem ad se allatas ab uxoribus, id est, parapherna vel receptitia bona, in libellum conferre, id est, annotare sive describere vel consignare; quod alibi dicitur, intestatum redigere. *leg.* 1. §. *rectè.ff. usufruct. quemadmod. cave.* German. eine Verzeichnuß oder Inventarium. Quæ annotatio non eò pertinebat, ut res illæ fierent propriæ, vel in dominium ejus transirent; sed potiùs probationis causa, ut scilicet separato posteà matrimonio, inde constare posset, quid quantumque esset illatum, si fortè negaretur.

Cum autem paulò antè dixerim, *dotem esse in dominio mariti*: ea occasione moveri hîc posset nobilis illa disputatio: An & quatenus hoc verum sit? Constat enim alibi in legibus dici, quòd dos proprium sit patrimonium mulieris, & in ipsius dominio maneat. *l.75.in pr.ff.de jur.dot.l.30.in rebus. C. eod.t.l.3.§.ergo.ff.de minor.l.unic.§.fin.C.de rei ux.act.&.alibi.* Illud quoq; constat, non posse duos ejusdem rei dominos esse in solidum *l.5.§.fin.& ibi Accurs. ff. commod. l.* 19. §. 3. *ff. de castrens. pecul.* Quare si uxor est domina dotis, (sicut est) non potest esse maritus quoque eiusdem dominus. Sed cum hujus rei explicatio & antinomiarum dissolutio hoc loco nimis longa & aliena quodam modo futura sit; videri potest Giphanius *ad d. l.* 30. *C. de jur.dot.* & Henricus Bocerus *ad h. l.*

Nos potiùs pergamus ad alias res, quæ cum dote cognationem quandam habent. Sicut autem priores illæ res jure nostro sunt receptæ: ita sequentes ferè

moribus

moribus sunt introductæ: ut *Morganatica*, sive *Morgengaba*: ut *Dotalitium* sive *Doarium*, Germ. Leibzucht: Item, Leibgeding: ut *Iocalia*: ut *Gerada*. De *Morganatica* dixi in *partit. Feud. libr. 1. cap. 11. quæst. 3. & lib. 2. c. 3. q. 31.* vocabulum esse Longobardicum, significans munus q[...]matutinum, quod novus maritus novæ nuptæ dat pro prima nocte, sive pro concubitu, & quasi pro præmio depositæ virginitatis, solutæque zonæ virgineæ. De hac videatur Daniel Mollerus *lib. 1. semest. c. 32. & l. 2. semestr. c. 43.* & Scipio Gentilis, *in tractat. de donat. inter vir. & uxor. lib. 1. c. 1. & maximè lib. 2. c. 23.* Hic Morganaticæ simile est illud munus, quod ὑπόβολον vocant Græci. De quo videatur Cujacius in *comm. Feud.* & Petrus Victorius in *variis lectionibus*. *Dotalitium* vocant eam speciem donationis, quâ maritus uxori partem aliquam bonorum suorum assignat: tùm ut pro dote quasi hy[po]thecæ jure habeat obligata eam; tùm ut post mortem suam consequatur vel usumfructum eorum, vel etiam plenam proprietatem. Priore casu vocant Leibgedinge. Videatur Wesembecius *in Paratitl. ff. de jur. dot.* & Mich. Teuberus *in quæst. jur. Civil. & Saxon. lib. 1. quæst. 30. num. 60.* In Iure Canonico nominatur *Dotalitium* duobus ferè in locis, quod meminerim, ut *c. ex parte. extr. de foro compet.* & in *c. plerunq. extr. de donat. inter vir. & uxor.* Alio nomine à DD. vocatur *Doarium*. *Iocalia*, à joco seu ludo sic dicta, sunt quasi festiva & hilaria munera, quæ pertinent ad ornatum muliebrem: de quibus idem Clariss. Scipio Gentilis *lib. 2. d. tract. c. 25.* *Gerada*, (cujus multus est usus inter Saxones) significat suppellectilē sive utensilia: hodierno idiomate Gereth: ut videre est apud Thomingium & Hartmannum Pistoris *in qq. Iuris.* nec non apud Mollerum *in semestrib.* & Wesenbecium *in consiliis.* His adendum est illud genus, quod vocant ijdem Saxones Mußtheyl. De quo idem Teuberus, *quæst. 17. lib. 1.* & Mollerus *lib. 3 semestrium. c. 24.*

Postremò Doti etiam comparari solent *Legitima* & *Alimenta*: ut videre licet apud Nicolaum Everhardum *in Top. Legal. in loco à dote ad alimenta*, & apud Wesembecium *in parat.*

Sequuntur DIVISIONES Dotis. Prima itaque divisione Dos vel est *Profectitia*, vel *Adventitia*: quæ duæ species conjunctim nominantur *in l. 4. Codic. de collat.* *Profectitia* dos est, quæ à patre vel parente paterno, id est, avo, proavo, &c. profecta est de bonis ejus, ut Vlpianus definit *in l. 5. in princ. ff. de jur. dot.* Vbi per totam legem, (quæ quidem bene longa est) multis modis & exemplis declarat, quot modis fieri possit, ut dos sit profectitia. Videatur etiam idem Vlpianus *in fragm. tit. 6.* Hujus generis hæc est natura & proprietas, ut soluto matrimonio revertatur ad partem. *l. 10. in fin. princ. ff. soluto matrim.* Quæ est enim invidia, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? ut ait Imp. *in §. quod nobis. Instit. per quas pers. nob. acq.* q. d. æquissimum est, ut talis dos ad eum redeat, à quo est profecta. Est & altera ratio, quam reddit Pomponius *in l. 6. ff. de Iur. dot.* ut amissâ filiâ, dos patri reddita, loco solatii cedat: ne alioquin & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiat. Et quidem tacitam ex stipulatu actionem habeat pater ad dotem repetendam. *l. un. §. ult. in fin. C. de rei uxor. act.* Sed tamen hæc actio & repetitio patris inhiberi potest per pactum, quo convenit, ut uxore in matrimonio defuncta dos penes maritum remaneat: ut est expressus textus *in l. 6. si convenit.*

C. *de*

C.d.pact.conv.tàm sup.dot. Ratio est: quia expressi pacti meritò major vis esse debet, quàm tacitæ stipulationis: tametsi aliàs major inesse soleat vis stipulationi, quàm pacto; si videlicet utrumque sit expressum. Deindè, quia pater potest jus suum, quod habebat, circa dotem repetendam, deteriùs constituere vel remittere paciscendo. *d.l.6.C.de pact.conv.& argum.l.pen.C.d.pact.* *Adventitia* dos illa est, quæ ab aliquo extraneo, qui non sit pater, vel avus, vel proavus paternus, constituitur, ut à matre, ab avo materno, à fratre, & deniq; à quovis alio: etiamsi nullo cognationis vinculo Sponsum attingat. *d.l.unic.§.accedat.13. C.de rei uxor.act.* In hac specie dotis, ut eam repetere possit is, qui dedit pro muliere, opus expressâ stipulatione, vel pacto ab ipso interposito in dote danda. Nam tacita stipulatio hìc non sufficit, neque præsumitur intervenisse ut in priori casu. *d.§. accedat. in l.unic. C.d. rei uxor act.* Ideoque si nihil convenerit, neque stipulatione neque pacto de dote reddenda extraneo; manebit illa, quasi donata esset penes mulierem vel virum, vel heredes alterutrius: tametsi aliàs regulariter donatio non præsumatur. *l. cum de indebito.28.ff.d.probat. & l.7.ff. de donat.*

Secunda divisione, Dos vel est *Inæstimata* vel *Æstimata. l.1. Cod. de jur.dot. & aliis legibus, quas paulò pòst allegabo.* *Inæstimatam* dotem vocamus, quando res simpliciter, nullâ factâ æstimatione marito in dotem datur. *Æstimata* dos dicitur, quando res cum æstimatione seu definitione certi pretii, in dotem datur: v.g. servus decem vel viginti aureis: tres boves sexaginta aureis: domus sexcentis, vel mille aureis, item fundus ducentis aureis, &c. Plurimum vero quo ad jus interest, hoc an illo modo dos alicui detur. Nam si dos inæstimata sit; tum sive res dotales fiant deteriores, periculum est mulieris; sive res fiant meliores & auctiores, commodum similiter ad mulierem redundat, ut est textus expressus *in l.6.in pr.ff.d.jur.dot.* Si autem æstimata sit; tunc maritus & commodum ejus sentit & dispendium subit, & periculum exspectat, si res vel augeatur, vel deterior fiat, vel etiam planè intereat. *d.l.unic.§. cumque ex stipulatu, in fi. C. d. rei uxor. act. & l. 10. plerunq; in pr. ff. d.jur.dot.* Ratio hujus differentiæ est: quia æstimatio est instar emptionis, & qui rem æstimatam accepit, ejus pretii debitor est, sicut emptor. *d.l.1.& l.5. & l.10.cum dotem. C.d.jur.dot. l.3.ff. Locati. cum similib.* Sicut ergo periculum & commodum rei venditæ pertinet ad emptorem; posteaquàm perfecta est emptio & venditio. *§. cum autem I. de empt. & vend. & tit. ff. & C. d. periculo & commodo rei venditæ,* sic etiam harum rerum, quæ cum æstimatione in dotem datæ sunt, ad maritum spectat & periculum & commodum. *d. l. unic. §.9. in fin. C. d. rei ux.act.* Cui consequens est; quod plerunq; magis expediat marito, ne fiat æstimatio dotis; ne videlicet periculum ad ipsum pertineat; sed potiùs ad uxorem, vel eum, qui eum dedit, sibique reddi stipulatus est, *d.l.10.ff.d.jur.dot.* Hæc igitur est prima differentia inter Dotem æstimatam & inæstimatam. Est & altera differentia, quæ cernitur in restitutione. Nam si dos inæstimata fuerit data; soluto matrimonio restituenda est in ea ipsa re, quæ data erat; non autem in alia, nisi fortè volenti. Invito enim aliud pro alio solvi, vel res pro re dari non potest. *l.16. eum à quo. & l.seq. Cod. de solut. & init. t. Inst. quib. mod. oblig. tollit. & ibi DD.* Sin autem æstimata

fuerit dos, & quæratur quid restituendum sit, tali distinctione utemur, autore Vlpiano *in l. 10. plerunq; §. fin. ff. d. jur. dot.* Aut nihil dictum est, vel cautum, in danda dote de eo, quid reddi quandoque debeat; sed simpliciter dos æstimata data est; & tum electio erit mariti; utrum ipse malit rem, quam accepit, an pecuniam pro ea reddere. Magis enim hic favendum est debitori, quàm creditori; qui sibi debet imputare, quòd non apertiùs legem dixerit contractui, sibique melius prospexerit. *arg. l. 39. veterib. D. de pact. l. 2. Labeo D. de contrah. empt.* Aut convenit aliquid de electione. Tunc siquidem convenerit, ut uxoris esset electio, rem aut pretium, utrum ipsa mallet, maritus redderet; tunc in arbitrio erit uxoris, utrum malit petere. Hanc enim vim habet pactio, per quam sibi hanc eligendi facultatem expressè reservavit, consentiente marito; qui proinde non potest posteà à tali pacto resilire: *argum. l. 5. sicut. C. d. Obl. & Act.* Sin autem convenerit, ut mariti esset electio, & hic redderet, utrum ipse mallet: tunc maritus eliget, & dabit pro suo placito vel rem, vel pretium rei: tum quia sic convenit, & pacti fides servanda est: tum quia in alternativis aliâs quoque electio est debitoris: ut habet regula Iuris *in cap. 70. In alternativis, & ibi late Petr. Peckius de Reg. Iur. in Sexto.* Atque secundum hanc pulcherrimam distinctionem Vlpiani intelligenda est etiam *l. 5. quoties. Cod. d. jur. dot.* quæ continet rescriptum Imp. Alexandri, cujus tutor fuit Vlpianus, & ab eodem Imp. parens appellatur, *in l. 4. C. Locati.* De qua re & supra dixi *in* προλεγ. *histor. ad hanc legem.* Hæc de Dotis divisione in eam, quæ est æstimata, & quæ inæstimata est.

Quod si quis ex nobis quærat, an h. l. de utraque specie dotis intelligenda sit: an de altera tantùm, & de utra harum duarum? Respondebimus cum Ant. Contio, & Constant. Harmenopulo, tantùm de dote inæstimata hanc legem loqui. De æstimata enim non potest esse verum, quod in regula nostra dicitur: quia in hac specie maritus, tanquam emptor, etiam periculum rei dotalis præstat, ut supra dixi, ex *l. unic. §. 9. in fin. d. rei uxor. act.* Inæstimatæ verò dotis periculum ad maritum non pertinet.

Sequitur jam, ut nonnihil etiam de illa specie Dotis dicamus, quæ appellatur ab Interpretibus *Dos Congrua.* De hac videantur DD. *ad Auth. Res quæ C. Comm. de legat.* Vbi hanc appellationem sumpserunt in illis verbis textus, [*pro modo honestati personæ congruo*] Videri etiam potest Parisius Cardinalis *in consil. 63. n. 50. & 5. seqq. & consil. 81. n. 49. vol. 2. consil. 26. n. 88. & seq. vol. 3.* Quibus in locis docet, ad hoc ut dos possit dici *Congrua*, & *Competens*, hæc potiss. quatuor considerari. 1. qualitatem & dignitatem personæ dotantis. 2. personæ dotatæ. 3. facultatem seu vires patrimonii. 4. consuetudinem regionis in similibus personis vigentem. Quæ si negligantur vel omnia, vel aliqua; dos erit excessiva.

Nunc post divisiones, aliasque προθεωρίας non inutiles, videamus ipsam regulam, quid, inquam, & cur, maritus in dote præstare debeat. *Dotis* igitur *datio* (qui est contractus re initus, perinde ut mutuidatio, vel arrharum, & cæteri similes) *recipit dolum & culpam; non etiam diligentiam; multoq; minus periculum sive casum fortuitum:* sive (ut aliis verbis eandem rem paulò uberiùs explicem)

Mari-

Maritus in re dotali sibi data præstare debet uxori & aliis, qui dotem sibi reddi stipulati vel pacti sunt, dolum, latam culpam, & levem culpam: non etiam levissimam: non casum fortuitum. Probatur hæc regula non tantùm per *hanc legem nostram*, sed aliis quoque multis in locis juris, ut in *l. ita. §. nunc videndum. v. sed ubi utriusq;. & l. 18. in rebus. in princ. ff. commod. & in l. 17. in rebus. ff. d. jur. dot. l. 18. §. licet: & l. 24. si constante. §. si maritus, cum l. seq. §. maritum. l. Mævio, in princ. & §. 1. l. penult. & l. fin. digest. solut. matrim.* Dixi: *In re sibi data.* Nam si tantùm promissa sive ut veteres loquebantur, dicta, nec data, sive re ipsa illata sit; non videtur maritus eadem illa præstare debere: nisi fortè per ipsum steterit, quò minùs dos promissa ipsi daretur; si, inquam dolo vel culpa suâ eam non receperit, ut annotat Delrio: cui assentior: ea motus ratione, quia sicut qui dolo desiit possidere, pro eo habetur, ac si adhuc possideret (Dolus enim pro possessione est, *l. 22. quod si dolo. l. 25. is qui. l. 27. si autem. §. 1. l. 36. qui petitorio, cum similib. digest. d. rei vindic.*) Ita etiam qui dolosè impediit atque obstitit, quò minùs inciperet possidere, similiter tenetur, ac si possideret. Ratio regulæ est, quia in hoc contractu versatur utriusq; conjugum utilitas, tàm uxoris, quàm mariti. Vxoris quidem: ut tantò faciliùs inveniat honestam conditionem, & maritum, cui nubat: cùm nemo facilè reperiatur, qui velit ducere indotatam. Tametsi Megadorus apud Plautum *in Aulul. act. 3. scen. 5.* putet, melius cum rebus humanis actum iri, si indotatæ nubant fœminæ; addita hac ratione, quia quæ indotata est, in potestate sit viri; dotatæ autem malo & damno mactent viros. Sed hoc apud ICtos & in vita communi est παράδοξον: ubi longe est præstabilius, fœminas esse dotatas; non solùm ut viros reperiant: sed etiam ut unà cum liberis ab iisdem alantur; ad quod marito serviunt fructus dotis, ut suprà dixi: adeoque maritus dicitur decipi, si fortè, cum dos ipsi esset promissa, cogatur indotatam habere uxorem. *l. 9. si donaturus. §. 1. ff. d. condict. causa dat.* Atque hinc non solùm fœminæ interesse, & maximè quidem, ut habeat de dote actionem, scribit Cajus *in l. 69. servo legato. §. si testator. 2. ff. d. legat. 2.* Verùm etiam reipub. interesse, ait Paulus, mulieres dotes suas salvas habere. *l. 2. ff. de jur. dot.* & Pomponius *in l. 1. ff. solut. matrim.* publicè interesse, dotes mulieribus conservari: & maximè necessarium esse, ut dotatæ sint fœminæ, ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem. Mariti verò utilitas in dote versatur; ut tantò leviora ipsi fiant onera matrimonii, dum fructus ex dote percipit. Atque ex his facilè est jam respondere ad rationem dubitandi sumptam ex *l. 17. in rebus. in princ. ff. d. jur. dot.* dum Paulus ait: Maritum caussa sua dotem accipere: ex quo dicendum videbatur, ipsum non modò dolum & latam ac levem culpam, sed insuper etiam levissimam præstare oportere; perinde ut in commodato. *leg. 5. §. nunc videndum. v. commodatum. ff. commodati. & l. 18. in rebus. in princ. digest. eod. tit.* Sed dicendum est: non loqui ICtum exclusivè: quasi scil. maritus tantum sua caussa, & ad suam solius utilitatem, accipiat dotem: Ideoque quod ibi omittitur, nempe & sua & uxoris caussa simul dotem eum accipere; id aliis ex locis supplendum.

Examinemus eâdem operâ etiam alia, quæ regulæ nostræ ADVERSARI videntur: deinde & exceptiones subjungamus. In primis objicitur *ex eadē l. 17. In reb. ff. d. jur. dot.*

dot. quod dicitur ibi, maritum etiam diligentiam in rebus dotalibus præstare debere. Si igitur etiam diligentiam præstat; certè de levissima quoque culpa tenetur. Nam diligentia in talibus locis, quando subjicitur post culpam, solet usurpari pro ea diligentia quæ est exactissima, & cui opponitur culpa levissima; ut rectè hîc monet Anton. Contius; & dixi *suprà, dum explicarem d. gradib. sive speciebus culpæ.* Petrus Faber lectionem ibi mutat, & pro *Etiam*, reponit *Eam*: qua mutatione licet admissa, tamen non video, quo pacto satisfaciat objectioni. Alii retinent *Etiam*; & respondent, interdum ex accidente hoc fieri, ut maritus in re dotali de levissimâ quoque culpâ teneatur; nempe si in suis ac propriis rebus diligentissimus esse solet: quia scilicet vix effugere possit suspicionem doli & fraudis, vel certè latam culpam, si non æqualem, sed minorem adhibeat diligentiam in rebus dotalibus quàm in propriis: *argum. l. quod Nerva. 32. ff. depositi.* Ita ferè respondet Delrio hîc. Sed Eguinarius Baro, quem & Ant. Contius hîc refert, putat hoc in mariti persona non esse asscribendum dolo aut latæ culpæ: sed tantùm levi: si in suis quidem rebus sit diligentissimus, in dotalibus autem non æquè. Idemq; hoc putat potiùs asscribendum esse latæ culpæ in marito, si negligentissimus cùm esset in rebus propriis, tamen adhuc sit negligentior in rebus dotalibus. Quicquid sit: illud extra controversiam est; uxorem à marito eam demum diligentiam in rebus dotalibus exigere posse, quam ipse rebus suis exhibet: ut est expressum *in l. si constante. 24. §. 5. si maritus. ff. soluto matrimon.*

Alia objectio sumi potest *ex l. 18. §. 1. ff. solut. matr.* Nemo in rebus suis præstat culpam: quia unicuique licet in re sua esse negligenti. *l. In re mandata. 21. C. mandat.* Atqui res dotales propriæ sunt mariti: quia videlicet & rei vindicationem sive actionem de proprietate earum nomine exercet. *l. 9. Doce C. de rei vindic.* & rectè manumittit servos dotales. *l. 3. & ibi gloss. C. d. jur. dot.* & habet actionem furti de surreptis rebus dotalibus. *l. 11. de his Cod. d. t.* Quæ omnia non nisi dominis competunt. Ergo maritus de nullâ culpâ, sed tantùm de dolo tenetur. Respon. 1. Dominium rerum dotalium non per omnia esse mariti; ut latè demonstrat Giphanius noster, *ad l. 30. In rebus. C. de jur. dot.* 2. Res dotales non verè, nec naturaliter esse mariti, sed tantùm civiliter, sive fictione juris, *d. l. In rebus. Cod. d. jur. dot.* nec in perpetuum, sed ad tempus duntaxat: nempe quàmdiu constat matrimonium. Ideoque non est mirum, si marito non tantum liceat in illis rebus, quantum in propriis. Quod ex eo quoque perspicuum est, quia maritus non ut proprias res alienare potest, ita etiam dotales. Obstat enim huic alienationi Lex Iulia de Fundo Dotali. Etiamsi igitur vir in rebus propriis sit negligens, neque hujus negligentiæ rationem cuiquam reddere compellatur: tamen in rebus dotalibus negligentia mariti non debet nocere uxori; proindeque de ea tenebitur.

Sequuntur aliquot à regula EXCEPTIONES: Quarum prima hæc est: Maritum teneri tantùm de dolo, si mulier moram commiserit in dote recipienda. *l. si mora. ff. sol. matr.* Cujus ratio est: quia mora cuilibet sua debet esse nociva: ut est *in c. mora. Ext. d. Reg. Iur. in sexto.* Secunda est: Maritum tantùm de dolo; si quæratur in actione de dote, de eo, quantum facere possit. Nam hic quoque, si dolo ipsius factum

ctum quò minus esset solvendo, tenetur in solidum. Si verò culpâ; non tenetur in solidum. *l.18.§.licet.ff.soluto matr.* Tertia est: Maritum teneri etiam de levissima culpa, & de casu fortuito, si ipse moram fecerit in dote reddenda. Ita Antonius Delrio *hic*, *arg. l. 5. si cert. petat. & arg. l. 23. si ex legati. ff. de verbor. oblig.* Ratio eadem est, quæ in prima exceptione reddita fuit. Quarta; Maritum quoque de levissima culpa teneri; si ipse in rebus suis sit diligentissimus: Qua de re jam suprà inter objectiones dictum est, id contingere ex accidenti potiùs, quàm ex natura hujus contractus. Quinta: Maritum præstare etiam casum: sive, ad ipsum pertinere interitum & periculum rei dotalis; quando res est ejusmodi, quæ constet pondere, numero, & mensura. *l. 42. Res in dotem. ff. de jur. dot.* Vbi etiam rationem reddit Cajus: quia in hoc dantur res, ut maritus ad arbitrium suum eas distrahat; & ut quandoque soluto matrimonio alias ejusdem generis & qualitatis restituat; non verò easdem: Quasi dicat: Harum rerum datione in creditum itur, & quasi mutuum contrahitur. Iam verò in mutuo ita jus est, ut periculo accipientis sit res, eique pereat. *l. 11. Incendium. C. si certum petat.* Est enim talium rerum hæc natura, ut illis uti non possimus, quin simul abutamur, & consumamus eas: secùs, quàm sunt illæ res comparatæ, in quibus consistit commodatum: quarum potest esse usus, salvâ ipsarum substantia. Sexta: Casum fortuitum etiam præstandum esse, si dos æstimata fuerit data: Quod quare ita fiat; suprà exposuimus *in divisionibus dotis.* Septima exceptio est: Nisi pacto aliquid fuerit immutatum de communi natura hujus contractus, v.g. ut etiam culpa levissima à marito præstaretur: vel ut casus fortuitus & periculum omne rei dotalis ad maritum spectaret, etiam in dote inæstimata. Hoc enim generale in quolibet contractu, ut natura ejus possit pactis conventis alterari, atque effici, ut plus minusvè præstetur, quàm fert natura communis & consuetudo illius contractus: dummodo ne sit pactum contra substantiam illius, vel contra bonos mores: quale est v. g. si maritus pacto promittat, se in solidum teneri velle in restituenda dote. Hujusmodi pactum, quo maritus renuntiat exceptioni, in quantum facere potest: (quam vulgò vocant *exceptionem competentiæ*) est improbandum. *l.14. Alia causa. §.1. ff. soluto matrim.* Vbi dicitur hoc pactum ideo esse reprobatum; quia contrarium sit receptæ reverentiæ, quæ maritis exhibenda est. Quæ ratio etiam redditur à Iustiniano, *in l. unic. §. 7. cum autem. C. de rei ux. act.* His adjungenda sunt & alia quædam pacta legibus improbata, *in l. 5. & l. 6. ff. de pact. dotalib.* Vbi reprobatur 1. tale pactum; ne ob res donatas vel amotas agatur. Et ratio additur: quia altero pacto mulieres invitantur ad furandum. (Omne autem pactum, quod incitat ad delinquendum, est injustum) alterum verò pertinet ad impugnandum jus civile; quo scil. prohibentur donationes inter conjuges: item *in d. l. 6.* inutile pronunciatur pactum, ut maritus tantum de dolo teneatur. Illud autem pactum valere dicitur, ut dos sit periculo mulieris, quæ aliàs esset periculo mariti, & contrà.

Sequitur ut pauca etiam dicamus de ACTIONIBUS Dotis nomine competentibus. Monui autem suprà, diligenter distinguendum esse inter actionem illam, qua petitur dos, & qua repetitur. Inter quas duas actiones etiam Paulus distinguit, *in l. sicut 21. ff. de re judic.* Illa datur marito: hæc uxori; vel quisquis eam

ſibi reddi ſtipulatus vel pactus eſt, ſive expreſsè, ſive tacitè: quanquam in extraneo dotem dante opus eſt expreſsâ ſtipulatione: in dotante patre & muliere, pro qua dos datur ab extraneo, ſufficit tacita ſtipulatio. *l. un. §. pen. C. de rei uxor. act.* Illa datur tam ſoluto matrimonio, quàm eo conſtante; iſta regulariter tantùm ſoluto matrimonio, non etiam conſtante; niſi eo caſu, quo maritus labitur facultatibus, & ad inopiam vergit. *l. 24. ſi conſtante. in pr. ff. ſolut. matr. Gail. lib. 2. obſ. 82.* Hoc autem loco potiſſimùm quærendum eſt de illa actione, qua dos repetitur. Olim ad dotem repetendam dabatur actio, quæ *Rei uxoriæ* dicebatur: cujus etiam Cicero *libr. 3. de offic.* & Suidas *in lexico litera P.* mentionem facit. Sed hanc actionem ſuſtulit Iuſtinianus, & pro ea ſubſtituit *Actionem ex ſtipulatu. l. unic. C. de rei uxor. act.* Rei uxoriæ actione in ex ſtipulatu actionem transfuſa. *§. fuerat. Inſt. de Action.* Ratio: quia hoc ſatis humanum; ſatis pium, & ſatis utile matrimoniis viſum eſſe ait ipſe Imperator *in fin. d. l. unic.* Hodie igitur datur pro dote repetenda Actio ex ſtipulatu. Cum autem aliàs neque ulla ſtipulatio in toto jure tacita reperiatur: quia non poteſt confici ſtipulatio, niſi utroque loquente. *l. 1. in pr. ff. de verb. oblig.* & hîc requirantur verba expreſſa utrinque, tàm ex parte interrogantis, quàm ex parte reſpondentis; unde & *verborum obligatio* dicitur. (Nemo autem tacens loquitur; niſi fortè nutu ſignisque, ut ait Poëta: ſed hoc fit impropriè. Deinde cùm omnis ex ſtipulatu actio ſit alioquin ſtricti juris. *l. 99. quicquid aſtringendæ ff. de verb. oblig.* Duo hæc ſingularia jura introduxit Iuſtinianus favore dotium. 1. Vt hoc ſolo caſu tacitè ſtipulatio interveniſſe intelligatur: ſicut etiam hypotheca tacita hîc mulieri competit. 2. Vt actio ex ſtipulatu de dote haberet naturam judiciorum bonæ fidei. *d. §. fuerat. & d. l. un. C. de rei ux. act.* Nam cum rei uxoriæ actio fuerit bonæ fidei (ſicut etiam Cic. teſtatur, *d. lib. 3. de off.* in arbitrio rei uxoriæ hæc verba maximè excelluiſſe [*melius & æquius,*] ad quam formulam etiam in jure noſtro alluditur: ut in *l. penult. §. fin. ff. ſolut. maturim.* & in *l. 82. ſi cum Cornelius. in fin. ff. de ſolut.*) meritò etiam ea actio, quæ ipſi ſurrogata fuit, eandem naturam induere debuit. Nam ut vulgò dicitur: Surrogatum ſapere debet naturam ejus, cui ſurrogatur. Iaſon & Zaſius ad *d. §. fuerat. Inſt. de Actionib.*

Videndum autem inprimis, cui hæc actio ex ſtipulatu pro dote repetenda detur, & contra quem detur. Datur ergo inprimis mulieri, ſi illa ſuperſtes ſit viro, vel ſi matrimonium alio modo, quàm morte, fuerit ſolutum. Qui alii modi explicantur *in l. 8. conſenſu. C. de repud.* Obſervanda autem hîc eſt differentia inter Dotem Profectitiam & Adventitiam. De illa namque agit pater cum conſenſu, ſive ex voluntate filiæ; ut eſt *in l. 2. ff. ſol. matr.* De hac agit ipſa mulier, niſi fortè pater de dote pactus ſit aliud quidpiam. *l. 7. cum dos. ff. de pact. dotal.* Aliquando igitur & patri, ſive ſocero competit dotis repetitio; etiamſi non fuerit ſtipulatus eam ſibi reddi; ut eſt *in dict. l. un. §. penult. Cod. de rei uxor. action.* Sed quæret aliquis: Quid fiet de dote profectitia; ſi mulier in matrimonio defuncta ſuperſtites relinquat liberos? An tunc quoque dos illa profectitia revertetur ad patrem; an vero potiùs manebit penes maritum? Quæſtio hæc nobiliſſima & antiquiſſima utpote de qua jam olim diſſenſio fuerit inter Martinum & Bulgarum; quod didicimus ex Azone *in ſumma. Cod. ad tit. ſol. matr.* & ex Dd. *ad l. 4. C. eod. tit.* & ex antiquo gloſ-

satore Pileo *in qq. aureis. q.89.* Sed prævaluit sententia Martini contra Bulgarum; nempe eo casu potiorem esse causam mariti, sive generi, quam soceri, à quo dos est profecta; & maritum huic esse præferendum in dote retinenda; ut latè examinat & discutit Antonius Tessaurus *in eruditissimis decisionib. suis decis. 119. per totam.* Præterea datur actio ad repetendam dotem heredibus mulieris, si ipsa viro præmortua fuerit in matrimonio, neque supersit pater, qui dotem profectitiam ad se retrahat. *d. l. unic. §. illo procul dubio. Cod. de rei uxor. act.* ubi etiam additur exceptio, nisi maritus pactum fecerit de dote lucranda: qualia pacta solent frequentissima, & penè quotidiana fieri in instrumentis dotalibus tam in casum existentium, quam non existentium liberorum, tametsi in priorem sæpius. Est & altera exceptio, nisi mulier ob adulterium à se commissum dotem perdiderit. Nam & hoc casu maritus illam lucrabitur, si non extent liberi. *l. 8. consensu. §. 4. hæc nisi. & §. seq. Cod. de Repud. l. 11. miles. §. 3. ff. ad l. Iul. de Adult. l. 24. si dotem. Cod. de jure dot.* quod etiam aliquot Novellis repetitur, ut *Novell. 22. & Nov. 118.* Ratio est, ut maritus habeat aliquod solatium violatæ ab uxore fidei conjugalis & doloris ob eam sui, qui solet esse acerbissimus. *l. 38. si adulterium. §. Imperator Marcus. 8. ff. ad l. Iul de adult.* Non enim soli Atridæ uxores suas amant, ut ex Homero proverbialiter dixit Sext. Cæcilius, ex eoque repetiit Vlpianus *in lib. 13. si uxor. §. 1. ff. d. t.* His & tertia addenda est exceptio; nisi consuetudo vel statutum in aliquo loco vigeat, de dote à marito lucranda, si uxor in matrimonio decesserit. Sed hic observandum, quod tale statutum recipiat interpretationem ex Iure communi, ne quid scilicet fiat contra constitutionem *l. hac edictali. C. de secund. nupt. Gravetta de antiquitate temporum, parte 4. §. videamus modo. num. 49.*

Datur autem actio de repetenda dote vel adversus maritum cui data & illata est dos, vel adversus heredes mariti. Dixi, *Cui data & illata est dos*: Nam si tantum promissa, non autem numerata sit, non potest repeti vel reddi, quod non est datum, quo pertinet *titulus Codicis de dote caut. non numerata.* Nam sicut is qui spe futuræ numerationis, nec tamen secutæ, dedit chirographum, habet exceptionem non numeratæ pecuniæ. *t. t. Cod. de non numerata pecunia, & tit. Instit. de literarum obligat.* Ita etiam is, cui promissa sive cauta, non tamen numerata est dos, similiter habet exceptionem dotis non numeratæ, *d. t. Cod. de Dote cauta non num. & Nov. 100. de tempore non solutæ pecun. super dote.* Sed inter maritum ipsum, qui de dote actione convenitur, & inter heredes ejus extraneos, non parùm interest. Nam maritus ipse non condemnatur in solidum, (idem & in socero juris est) sed in id tantum quatenus facere potest, deducto ne egeat, sive ut salva habeat alimenta: adeoque (quod mirum est) ne quidem tunc in solidum obligatur, vel condemnatur, si pacto convenerit, ut in solidum condemnaretur: sive, etiamsi beneficio suo renunciaverit. *l. 14. §. 1. ff. soluto matrimon.* Etsi enim unusquisque suo juri renunciare potest: ex quo dicendnm videbatur etiam tale pactum valere: tamen quia contra bonos mores est, nempe contra receptam reverentiam, quæ maritis exhibenda est ab uxoribus, & ab his qui causam ab illis habent: ideo reprobatur hoc pactum, tanquam contra jus publicum factum; cui privatorum pactionibus dero-

gari

gari non potest. *d.l.4.* §.1. *ff. solut. matr. & l.unica.* §. 7. C. *de rei uxor. actione. l.* 38. *Ius publicum. ff. de pactis. cum similibus.* Hæredi verò mariti hoc beneficium non est præstandum. *l.* 12. *maritum. l.* 13. *quia tale. & l. seq.* §. 1. *cum l.* 15. *rei judicatæ. ff. soluto matrimon. l.* 8. *nec maritus.* Cod. *eod. tit. l.* 20. *Non tantum dotis. & l. seq. sicut autem. ff. de re judicata, dict. l. unica.* §. *cum autem in exactione.* Cod. *de rei uxor. actione.* Sed quod dixi; Idem juris esse in socero, id est, in patre conjugis mariti, quod in marito ipso: id verum est tantùm cùm de dote repetenda agitur: non etiam cùm de petenda. Nam tunc in solidum condemnatur: soluto videlicet non etiam constante matrimonio, ut est in *d. l.* 21. *& l. seq. ff. de re judicata*, & in *l.* 15. *rei judicatæ.* §. *ult. ff. soluto matrimon.* Ratio diversitatis inter maritum & heredem ejus extraneum: cur, inquam, ille gaudeat hoc beneficio, ut non ultra facultates condemnetur, sed quatenus facere potest, teneatur: heredi verò idem denegetur: ratio hæc est, quia marito debetur honor & reverentia maritalis: quæ est causa illius beneficii, sicut etiam in persona soceri, ut ex *dd. ll.* apparet. Extraneo autem heredi non debetur talis honor vel reverentia. Quare cessante ratione beneficii, meritò ipsum quoque Ius & beneficium cessare debet. Dixi de *herede extraneo*, eum in solidum condemnari, denegato hoc beneficio, quod vocant *competentiæ*, ut scilicet non ultra facultates condemnetur. Nam aliud dicendum est de filiis mariti heredibus. Hi namque eodem beneficio cum patre suo gaudent. *l.* 18. *Etiam filios. in pr. ff. soluto matrim.*

Atque hæc in præsentia sufficiant de Actione ex stipulatu pro dote repetenda: in quam venit non tantùm ipsius dotis restitutio, vel interdum pretii, in dote scil. æstimata: sed etiam fructuum soluto matrimonio perceptorum: secundùm distinctionem Papiniani *in l.* 7. *divortio.* §. *Papinianus. ff. soluto matrim.* Item quidquid dolo vel culpa lata aut levi mariti admissum est circa rem dotalem, secundùm ea quæ superiùs tradita sunt *in expositione regulæ*: item quidquid comprehensum est pactis licitis, & utilibus circa dotem. *t.t. ff. de pactis dotalibus. & t.t.* Cod. *de pactis conventis, tàm super dote, &c.* Vbi obiter observandum, pacta dotalia, quatenus agunt de successione futura, tum demum valere & irrevocabilia esse, si posteriùs non fuerint mutata. Possunt enim mutari instar cujuslibet ultimæ voluntatis, quæ est ambulatoria, ut probat Matth. Wesenbecius *in paratitl.* & Ioh. Eichardus *consilio* 71. *num.* 2. *volum.* 2. Item Ioh. Sichardus *ad l. pactum dotale. num.* 6. C. *de collationibus.*

Postremo loco hujus capitis, more nostro videamus pauca de CONCURRENTIBUS ACTIONIBUS, sive de AFFINIBUS REMEDIIS. Igitur primò concurrit cum actione ex stipulatu etiam *Rei vindicatio.* Hæc enim datur domino: ut est *in l.* 22. *in pr. ff. de rei vind.* Atqui dos semper remansit in dominio uxoris naturaliter, *l.* 30. *in rebus.* C. *de jur. doti.* In qua lege notandum est, rei vindicationem appellari *in rem actionem*, videlicet κατ' ἐξοχὴν, ut etiam alibi, maximè *in dict. l.* 22. *in princ. de rei vindic.* eademque etiam *specialis in rem actio* appellatur *in l.* 1. §. 1. *ff. eod. tit.* Sunt enim plures in rem actiones: ut Publîciana: ut Confessoria & Negatoria: ut Serviana & quasi Serviana seu Hypothecaria: ut Pauliana; & similes: de quibus explicatur *in Instit. tit. de act.* §. 1. *& aliquot seqq.* Secunda concurrens actio est

Hypo-

Hypothecaria. d. l. in reb. Cod. de jur. doti. l. ult. C. qui pot. in pign. habeantur. Nam cùm uxor habeat tacitã hypothecam, pro dotis conservatione,à jure ipso sibi constitutam ut in omnibus mariti bonis: potest per hanc actionem eam hypothecam persequi adversus quosvis illorum bonorum possessores. Nec tantùm dotis nomine habet mulier tacitam hypothecam, sed etiam pro paraphernis suis, sive pro rebus extra dotem ad maritum allatis. *l. ult. C. de pactis dotalibus.* de quibus suprà *hoc eod. cap.* dixi. Imò etiam pro donatione propter nuptias eam habet: ut probat Mynsinger *centuria 5. observat. 4. num. ult.* Hoc tamen interest, quod in dote mulier habet Ius seu privilegium prælationis, hoc est, ut præferatur omnibus etiam anterioribus, mariti sui creditoribus. *d. l. ult.* §.1. *in verbis potiora jura contra omnes, &c. C. qui potiores in pign. habeantur.* Sed in paraphernis & donatione propter nuptias, idem privilegium uxor non habet; sed jure communi solùm gaudet, observatâ regulâ, quæ vult, ut prior tempore, potior sit jure. *d. l. ult.* §.2. *hæc autem tantum. Cod. qui pot. in pign. Mynsing. d. centur. 5. observ. 4.* Ratio differentiæ est, quæ *in d. l. ult.* subobscurè indicatur; quia in dotis repetitione, mulier certat de damno vitando, id est, ne incidat in periculum amittendæ dotis, atque ita re sua defraudetur: sed in petendâ donatione propter nuptias sollicita est, de lucro captando. Semper autem qui certat de damno vitando, ei qui de lucro captando præferendus est. Sed hîc oritur vetus illa controversia, an uxor etiam anterioribus mariti creditoribus, qui expressam hypothecam habent, præferatur? Quam controversiam Accursius quoque attingit *d. l. ult. C. qui potiores in pign.* ubi diversas opiniones refert. Sed secundùm opinionem Martini, nempe quod mulier creditoribus mariti omnibus, quamvis expressam hypothecam antiquiorem habentibus, præferatur; contra Bulgarum, qui contrarium volebat, judicatum esse in Camerâ testatur *Mynsingerus cent. 4. obs. 13.* Videatur etiam Andr. Geilius *libr. 4. observ. 25. num. 10. & obs. 81. num. 1.* Vtriusque opinionis sectatores recenset Emanuel Zoarez *in thesauro receptarum sententiarum, lit. D. num. 303. cum duob. seqq.* Tertiò, concurrit cum actione ex stipulatu etiam Ius *retentionis*: hoc est, potest uxor, donec dos integra sibi restituatur, ab heredibus mariti, retinere bona defuncti mariti, eisque incumbere: ut probat Mynsing. *cent. 6. obs. 45. & obs. 72.* Quartò, aliquando etiam datur *Actio ex vendito*, ad pretium rei dotalis reddendum: si nimirum dos æstimata fuerit data: & quidem ad hoc, ut non res ipsa, sed pretium ejus redderetur. Ratio est, quia æstimatio instar venditionis obtinet, ut suprà dixi *in divisionibus dotis.* Quintò, concurrit etiam *Imploratio officij judicis, ad cautionem præstandam*: ut maritus, de quo periculum est, ne facultatibus labatur, caveat uxori de dote ipsi conservanda: *arg. l. in omnibus. 41. ff. de judiciis.* Ioh. Oldendorpius *class. 4. act. 26. sub tit. affinia remedia*: apud quem plura videri possunt.

Ad extremum, quia varia sunt dotis privilegia, & multi favores in jure ipsis concessi, de his remitto auditores ad Commentarios DD. *ad l. 1. ff. de soluto matrim.* & ad Ioh. Petrum de Ferrariis, qui vulgò *practicus Papiensis* dicitur, *in forma libelli, quo agit uxor ad restitutionem dotis gloss. 1.* ubi Quindecim enumerat privilegia dotis.

CAPVT VNDECIMVM.
DE TUTELIS.

HAbuimus hucusque plurima exempla, verorum contractuum: Deinceps sequuntur tria exempla Impropriorum seu Quasi Contractuum: nempe *Tutelæ*: *Negotia gesta*: & *Communio rerum*: cum qua similitudinis causâ conjungitur contractus *Societatis*. Iam verò suprà monui, in hac lege nomen *Contractus* in principio positum latè sumi, ut etiam quasi contractus complectatur: quod alibi quoque fit, ut *l. 49. ex contractibus. ff. de obligat. & act.* ubi Paulus similiter contractibus subijcit Tutelam. Esse autem illos quos dixi, non proprios, sed quasi vel improprios contractus; notum est etiam ex *Inst. tit. de oblig. quæ ex q. contr.* & ex *l. 5. ff. de obl. & act.* Et Tutela quidem ideò non potest verus esse contractus; quia nullum negotium contrahitur inter tutorem & pupillum, ut inquit Imperator *d. loco, in pr.* ex Cajo *d. l. 5. §. 1. ff. de oblig. & act.* quasi dicat: Omnis verus & proprius contractus, requirit consensum inter contrahentes *l. in omnibus. ff. de oblig. & act.* Atqui in tutore & pupillo deest consensus. Ergo inter ipsos non est verus & proprius contractus. Major probatur, quia quoad tutorem, is velit nolit, cogitur esse tutor: adeoq; remediis prætoriis, (ut sunt mulctæ dictio, pignoris capio, & carcer) potest compelli: nisi justam & legitimam habeat excusationem. Est enim tutela munus publicum & necessarium. Deinde etiam quoad pupillum: quia is non eligit tutorem, neq; in eum consentit, sed incidit in ipsum, & ignorat omnia: ut ait *l. ult. ff. rem pupilli salvam fore*: nec velle nec nolle creditur in ea ætate: ut est *in l. pupillus. infrà h. t.* Imò etiam invito datur Tutor. *l. 6. ff. de tut. & curat. dat.* Observandum est autem, cùm Tutelam dicimus esse contractum, vel quasi contractum, tunc nos intelligere administrationem sive gestionem tutelæ: non ipsam tutelam: quia hæc non est contractus; sed vis & potestas, sive jus personæ, ut & Cujacius admonuit *in paratit. C. de testamentaria tutela.*

Tutela, (ut de NOMINE primùm dicam) à *tuendo* dicta, idem valet quod defensio sive conservatio: quomodo *tutela ædificiorum* usurpatur *in l. 7. §. ult. ff. sol. mat.* qua videlicet sarta tecta ædificia præstantur & conservantur. Sic alibi usurpatur *tutela viarum.* Sic *tutela navis* dicitur insigne ipsius. Sic Horatius *epist. lib. 1.* Mœcenatem vocat *tutelam rerum suarum*: & Augustum vocat *tutelam præsentem Italiæ, dominæq; Romæ. lib. 4. carm. oda. 15.* & idem *eod. lib. oda 6.* tutelam vocat etiam ipsam rem, quæ defenditur. Hinc apud Macrobium, & alios, *Dij tutelares* vocantur, qui sc. conservant domum, urbem, imperium. Sic *tutelam corporis* dixit Florentinus *in l. 3. vt vim. ff. de just. & jur.* quam vulgò DD. *inculpatam tutelam* vocant significare volentes, defensionem sui ipsius legitimam, justam, & necessariam adversus vim injustam: de qua copiosè Cicero *in orat. pro Milone*: & Interpretes nostri *ad d. l. ut vim.* Alio vocabulo dicitur *tuitio*, ut apud Cicer. *in Topic. Natura partes habet duas; tuitionem sui, & ulciscendi jus.* Sic & Vlpianus *in l. 1. digest. Quod falso tutore auctore*, scribit, per *tuitionem Prætoris* valere, quod ipso jure non valebat. Hinc & *tutores* q. *tuitores* atque defensores ex re ipsa nomen acceperunt. *l. 1. §. 1. ff. de Tutelis*

lis. §. *Inst. eod. tit.* Præcipuum enim ipsorum officium est, pupillum non relinquere indefensum: unde & *defensores* absolutè pro tutoribus positi reperiuntur. *l. 2. in fin. C. Quando mulier tutelæ officio fungi possit.*

Vsque adeò autem substantiale hoc est tutelæ defendere pupillum, ut & in DEFINITIONEM ejus ingrediatur. (Sic enim Servius definit tutelam, & probat Paulus *in d. l. 1. ff. de tutelis.* & Iustinianus §. 1. *I. eod. t.* Quod sit *vis & potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa*) & ut ob recusatam vel omissam defensionem pupilli possit tutor tanquam suspectus removeri. *l. ult. C. de administr. tutor.* & *t. t. Inst. ff. & C. de suspect. tutorib.* Alienum porrò huic loco & nimis longum foret explicationem definitionis tutelæ hîc tradere: vel species tutelæ omnes persequi: quæ ex Institut. earumque Interpretibus repeti possunt. Videatur etiam *hîc* Marc. Ant. Delrio.

Cujacius *in Paratitlis Codicis*, tutelam facit duplicem: *Legitimam*, & *Dativam*: & hanc dativam subdividit in *Testamentariam* & *Atilianam*: quia sc. etiam testamento dati tutores dicuntur *dativi*, apud Vlpianum *in frag. tit. de tutelis.* Ideò autem Dativa tutela opponitur Legitimæ: quia legitimos tutores nemo dat; sed Lex XII. tabb. fecit tutores: teste Vlpiano *in l. 5. in princ. ff. de legitimis tutorib.* Sed usitata divisio tutelæ est trimembris, in *Testamentariam*, *Legitimam*, & in *Dativam*. Legitima deinde suas habet subdivisiones, ut explicat Delrio.

Illud quoque supervacaneum est admonere, quæ sit inter Tutelam & Patriam Potestatem differentia: nec non inter administrationem Tutelarem, & Paternam. V. g. Primo: Tutela habet originem ex L. XII. tabb. *l. 120. Verbis. ff. de verbor. signif. & Cornificius in Rhetoricis ad Herennium.* Sed Patria potestas introducta est moribus; sicut & pupillaris substitutio; aliaque ex patria potestate dependentia. Secundò: Tutela est ad utilitatem pupilli, non tutoris; ut in ipsa definitione tutelæ comprehensum est, & §. *pen. impuberes, in verbo ad tuendum, Instit. de Atiliano tutore*, quod & Cicero admonuit *in Officiis.* Sed patria potestas est potissimùm bono parentis recepta. §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Tertiò: Tutela est in pupillos, id est, eos, qui cùm sint impuberes desierunt esse in potestate patris, sive in eos, qui sunt patres familiarum & sui juris. *l. 239. pupillus. in pr. ff. de verb. sign.* Patria verò potestas est in filiosfamiliarum. *t. t. de patria potest. & l. 3. cum l. seq. ff. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Quartò: Tutela tantum est in impuberes, sive pupillos, & finitur pubertate: ut est *initio tit. quib. modis tutela finitur. l. 1. C. quando tutores esse desinant.* Patria potestas est non solùm in puberes; verùm etiam in eos, qui jam excesserunt pubertatis annos: & Iure Civili durat etiam post pubertatem. *arg. tit. quib. modis jus patriæ potestatis solvitur*, ubi hic modus finiendæ patriæ potestatis non refertur. Quintò: Tutela non tribuit tutori ullum jus adquisitionis bonorum per pupillum: sed patria potestas tribuit jus adquirendi per filiumfamiliâs: ut patet ex *tit. Institut. per quas personas cuiq; adquiritur.* Sextò: Tutela injungit tutori necessitatem defendendi pupillum. Hoc enim præcipuum est officium tutoris, ut suprà dictum ex *l. ult. Cod. de administ. tut.* Patria potestas nullam adfert necessitatem defendendi filiumfamiliâs: quia potius arbitrio patris defensio-

T 2 nem

nem permittit. Septimò: Cum pupillo non potest agi judicio. §. *ultim. Instit. de auctor. tutorum*: sed cum filiofamiliâs benè potest agi, non minus quàm cum patrefamiliâs. *l.57. tàm ex contractibus. supr. de judiciis. & l.39. filiusfam. supr. de oblig. & act.* Hîc accedit octavo illa vel præcipua differentia: quòd patria potestas olim eò usque se extendebat, ut etiam Ius vitæ & necis complecteretur; *l. 11. in suis. in fin. ff. de liberis & posth. l. ult. C. de patria potestate*: quamvis posteà restricta fuerit ad moderationem, & castigationem tantùm: *arg. l. unica. Cod. de emendat. propinquorum*: *arg. l. 6. cum oportet. §. 1. in verbis, patria potestas in eos exercenda est. C. de bonis quæ liberis*: *cum similibus.* Sed tutoris potestas in pupillum nunquam tanta fuisse legitur.

Differt ergò primùm sic Tutela à patria potestate. Deinde est etiam notanda differentia multiplex inter Administrationem tutoriam bonorum pupillarium, & inter Administrationem paternam bonorum filiifam. adventitiorum, in quibus usumfruct. habet. Nam 1. Tutor ante omnia debet facere inventarium omnium bonorum pupilli; ut latiùs infra dicetur: sed pater non cogitur jure nostro inventarium conficere bonorum adventitiorum filiifam. Ratio differentiæ paulò pòst indicabitur. 2. Tutor cogitur plerumque satisdare rem pupilli salvam fore: ut explicatur *tit. de satisdat. tutorum. & l. pen. Cod. de tutore qui satis non dedit.* Sed pater non oneratur satisdatione fidejussoria. 3. Tutor obnoxius est rationibus reddendis, etiamsi fortè testator qui eum dedit, voluerit ipsum esse aneclogistum, id est, immunem à rationibus reddendis. *l. 5. §. 7. Iulianus. ff. de adm. & peric. tut.* Sed pater non cogitur ratiocinia inferre filiof. super administratione bonorum ipsius adventitiorum, *l. 6. Cum oportet. §. 1. C. de bon. quæ lib.* Ratio harum trium differentiarum est: quia legislator majorem habet fiduciam de patre, quàm de tutore, quod rectè administraturus sit bona, nec quicquam ex iis interversurus. Qui enim talis affectus extraneus inveniatur ut vincat paternum? ut eleganter Iustinianus, & convenienter sacræ scripturæ, *in l. fin. in pr. C. de cura. furiosi.* Et pietas paterni nominis plerumq; consilium capit pro liberis; ut ait Papinianus *in l. 22. Nec in ea. §. fin. ff. ad l. Iul. de adulter.* 4. Tutoris potestas administrandi non est tàm plena quàm patris: hic enim plenissimè habet potestatem utendi fruendi. *d. l. 6. §. 1. C. de bonis quæ liberis.* 5. Pupillus non potest contrahere de bonis suis, nisi cum auctoritate tutoris, *t. t. de auctor. tut.* Sed de bonis adventitiis potest tàm filius quàm pater contrahere *t. t. C. de bon. quæ lib.*

Separanda quoq; est Tutela à Cura; quam vulgò *curatelam* appellant. Et idcircò propter majorem cognationem, quæ est inter Tutelam & Curam, hîc nonnihil etiam de cura attingendum est. Accedit, quòd curatores ad idem tenentur, idemq; præstare coguntur, ad quod tenentur Tutores, sive quod hi præstare coguntur. Quid quod Horatius etiam *tutelam* pro *curatione* posuit, ob hanc ipsam vicinitatem *lib. 2. serm.* ubi ait:

—— *Interdicto huic omne adimat jus*
Prætor: & ad sanos abeat tutela propinquos.

Deniq; ubi definit Tutor; ibi incipit Curator: ubi Tutela definit ibi initium capit Cura. Differentiæ ergò præcipuæ inter tutelam & curam istæ observari possunt. 1.

Tute-

Tutela est tantum in pupillos sive impuberes. §. *Impuberes. de Attil. tut.* & *l. 3. in pr. ff. de tutelis.* Vbi rotundè Vlpianus, Hoc Iure utimur, inquit, ut cesset cura, si tutelæ ætas indigeat. Cura quoque locum habet in Adolescentem seu Minorem: nec in hunc tantùm, sed etiam in furiosum: in dementem seu mente captum: in prodigum: in perpetuo morbo laborantem. §. *furiosi.* & §. *seq. Inst. de cur. t. t. ff. de curatoribus furioso & aliis extra minores dandis,* & *t. C. de furiosi curatore vel prodigi*: intellige, furiosos, qui sint puberes. Nam si adhuc sint impuberes, non erunt in cura, sed sub tutela. *d. l. in pr. ff. de tutelis.* Imò interdum etiam pupillo datur curator, nempe ad litem, sive judicium exercendum inter tutorem & pupillum. §. *ult. Inst. de auct. tut. l. 3. §. si pupillus. ff. de tutelis. l. 1.* & *l. 2. C. de in litem dando curatore*; item aliis casibus, qui enumerantur *in §. ult. Inst. de curatoribus,* videatur & *l. 13. solet. ff. de tutelis.* 2. Tutor datur etiam invitis, multoque magis ignorantibus *l. 6. ff. de tut.* & *cur. datis. d. l. 1. C. de in litem dando curatore, in verbis, acciperem.* Sed curatorem inviti adolescentes non accipiunt, excepto tantùm primo casu, videlicet si ad litem curatore sit opus. § *Item inviti. Inst. de curatoribus.* 3. Tutor datur potissimum & primariò personæ, & ut morum pupilli curam gerat: bonis autem sive patrimonio, tantùm per consequentiam sive secundariò: quatenus scil. sine bonis commodè vivi non potest. Neque enim vento vivitur, ut ait Imp. Alexander *in l. 2. Cod. de alimentis pupillo præstandis. l. 12. cum plures. §. tutor. ff. de administr. tutorum,* & §. & *certè Inst. qui testamento tutores dari possunt,* & §. *datur autem Inst. de excusat. tut.* contrà autem est in curatore. Hic enim non personæ, sed substantiæ sive patrimonio, & rebus, principaliter datur: sæpè & uni tantùm rei sive causæ: & solam rei familiaris sustinet administrationem: corpus verò sine persona adolescentis, & cæterorum quibus datus est, secundariò curare ac tueri debet. *l. 20. sciendum. ff. de ritu nupt. l. 8. in copulandis. C. de nupt. l. 7. consilio in pr. ff. de curatoribus furioso &c. l. 6. Muto. §. ult. ff. de tutelis.* 4. Tutela habet originem ex Lege XII. Tabularum: ut suprà dixi: sed curatio partim descendit ex constitutionibus principum, ut videre est ex *t. de curatione furiosi.* 5. Tutela potest institui testamento: sed cura non item. *l. 6. curatorem. C. de negotiis gestis*: quamvis si datus sit curator testamento, confirmetur decreto prætoris vel præsidis, ut est *in l. pen. C. de testamentaria, tut. §. dantur vers. sed curat. Instit. de curator.* 6. Tutela est triplex, Testamentaria, Legitima, & Dativa: sed Curatio hodiè tantum est unius modi, nempè Dativa. §. *furiosi. vers. sed solent. Inst. de curatoribus. l. 6. observ. ff. de curatoribus furioso &c.* quamvis olim legitima esset cura videlicet ex L. 12. tabb. *l. 1.* & *l. 13. sæpè. ff. de curatoribus furiosi.* 7. Tutorem habenti alium dari Iura prohibent. *l. 9. si sororis C. qui dare tutores possunt. §. Interdum. Inst. de curatoribus.* Sed curatorem habenti alius curator adjungi potest, sicut etiam tutorem habenti. *l. 13. solet ff. de tutelis.* Ratio differentiæ est, quia tutor cum detur principaliter personæ, ut suprà dictum, ita eam totam occupavit, ut locũ non reliquerit alteri: sed curator datus est bonis; quæ divisionem recipiunt, & plures admittunt ad sui administrationem. 8. Tutoris potestas in pupillum est major, quam curatoris in adolescentem. *arg. l. In copulandis. 8. C. de nupt.* 9. Tutoris est, auctoritatem præstare, sive ut uno verbo Papinianus appellat *auctorari*: curatoris v. est, consensum adhibere. *t. t. ff. de auct. consf. tut.* & *cur.* & *t. Inst*

Inst.de auct.tut.& t.C.de auct. præst. Inter hæc autem plurimum interest. Nam consensus vel est expressus vel tacitus: sed Auctoritas non est nisi expressa; & quidem requirit verba: non minus quam stipulatio: unde fit quod à muto auctoritas præberi non potest. *l.1.§.mutus.ff.de Tutel.l.3.ff.de auct.& consensu tut.in verb. cum se probare dicit id quod agitur.* Hoc enim est auctorem fieri. Sed hoc interest inter stipulationem, & auctoritatem tutoris: quòd in illa præcedit interrogatio, in hac verò, sc. auctoritate eam præcedere necesse non est. *d.l.3.* Deinde Consensus potest etiam inter absentes per epistolam, per nuncium interponi: sed Auctoritas non nisi à præsente tutore præstatur: sicut & stipulatio inter absentes fieri nequit. Est enim Auctoritas approbatio expressa tutoris, quæ interponitur perfecto eo, qui pupillus eo præsente gessit, ut definit Cujac. *in π.C.t.de Aucto. præst.* ubi *perfecto negotio,* intellige, *dum perficitur.* Nam statim in ipso negotio tutor præsens auctor fieri debet: post tempus verò vel per epistolam interposita auctoritas nihil agit. *l.9.oblig. §.5.tut.ff.de auct. tutor.&.§. tutor a.Inst.eod.t.* Deniq; Auctoritas tutoris pertinet ad obligandam personam pupilli, deinde etiam ad alienationem rerum ipsius, *d.l.9. obligari.ff.de Auct.tut.* Sed consensus curatoris tantum pertinet ad alienationem rerum minoris, non vero etiam ad personã ejus obligandam: quia puberes possunt etiam sine curatoribus suis obligari. *l.101. puberes.ff. de verb. obl.* quamvis alienare bona sua nequeant sine illis. *l.3.C.de integr.rest.min.* Sed pupillus sine tutoris auctoritate, neq; se obligare, neque bona sua alienare potest. 10. Tutor magis ad solennia & civilia expedienda necessarius est, quam Curator; qui ad ea non sufficit, *l.19. curatorem.ff.de auct.tut.* v.g. Ad hereditatis aditionem requiritur tutor, non curator; *l.17.cum in una.§.1.ff. de Appellat.* 11. Tutela magis est necessaria pupillis, quam cura minoribus: quod non ex eo solùm perspicitur, quia pupilli inviti accipiunt tutorem: adolescentes curatorem non nisi volentes: verum etiam ex eo, quia si mater negligat tutorem petere liberis suis impuberibus, punitur privatione successionis eorum *§.sed quemadmodum.Inst.d.S.C.Tert.* sed si non petat Curatores liberis suis puberibus, non ita punitur. *l.1.ff.qui petant.tut.& cur. l.6.C.eod.t.l.2.§.si mater,&§.quid si curatores.ff.ad S.C. Tert.* Facilius enim sibi consulere poterunt adolescentes, utpote jam maturioris ætatis & judicii, quam pupilli. 12. Tutela finitur pubertate, si pupillus in suã tutelam pervenerit: quod fit in fœminis anno duodecimo; in maribus anno decimoquarto *init.tit.I.quib.mod.tut.finitur,&l.1.C.quando tutor vel cur.esse desinat.* sed cura in utroq; sexu eodem tempore finitur, videlicet anno 25. Nam post hoc tempus virilem vigorem compleri constat, ut loquitur Vlp. *in l.1.§.2.ff.de Minorib.* 13. Differunt etiam genere actionis: Nam Tutor pupillo tenetur actione Tutelæ: quæ non nisi finitâ tutelâ competit, & est generalis ad universa pupilli bona pertinens, *l.4.in pr.& l.8.quamv.§.4.&generaliter.ff.de tut. & rat. distr.item l.18. cum tut.in fi.ff.eod.t.§.ult.I.de Attil. tut.* Sed curator tenetur minori actione Negotiorum gestorum, quæ sæpe est specialis, & de uno tantum negotio, & perseverante etiam officio curæ, datur. *l.16.si cum adhuc.§.1.ff.de Tutelæ & rat. distr.* Ratio quare durante tutelâ non possit pupillus cum tutore suo Tutelæ agere, redditur ab Vlp. *in d.l.8. §.4.* Quia *absurdum erat à tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret.* Sed hîc notandum: Moribus nostris & quorundam locorum statutis, imò etiam universali lege imperii, hoc mu-

tatum esse. Coguntur enim Tutores quotannis rationes reddere administrationis suæ; & cautum est in Constitutione Imp. *Aug. in comitiis permulgata anno* 48. videatur & constitutio Augusti Electoris *par. 2. t. 11.* & reformatio Norica *l. 33. & 39.* Quod autem dixi ex tutela dari actionem Tutelæ, non ita accipi volo, quasi excludam utilem negotiorum gestorum actionem: Nam & hæc cum illa concurrit, & est *in l. 26. cum quadam. C. de adm. tut. & in l. 7. C. arb. tut.* qua de re infra plura dicentur. Hæc de cura Minorum, Furiosorum, Mente captorum, Prodigorum, & similium personarum, quomodo ea differat à Tutela. Est autem & alia curatio, *bonorum & ventris*: Cujus differentiam à præsente cura explicat Hermogenianus *l. 48. inter ff. de adm. tut.* Et de hac specie est *tit. ff. de cur. bonis dando*, videatur & *l. 9. §. his verbis.* & *l. 22. ff. de reb. auct. jud. possid.* de curatore ventris est *t. in ff. de vent, in possessionem mittendo, & curat. ejus.* Breviter, Curator minoris, & cæterarum personarum curatore bonis dato, 1. in eo differt, quod ille etsi primario datur bonis, tamen quodammodo, & saltem secundario, etiam personam complectitur ejus cui datus est: iste v. tantum curam agit bonorum; quæ deteriora sunt futura, ut distrahat, *d. l. 48. de administ. tut.* 2. Officium curatoris minorum, & cæterarum hujusmodi personarum consistit in administrando, sed alterius curatoris officium, positum est in custodiendo, & vendendo. 3. Curator minorum & cæterorum datur etiam invitus, & potest compelli ad suscipiendam curationem: sed curator bonorum non constituitur invitus, sed tantum voluntarius, nisi ex magna necessitate. *l. 2. §. 3. quar. & l. 3. de cur. bonis dando.* 4. Curator minori datur propter ætatis infirmitatem; & cæteris propter morbum vel animi vel corporis: Sed iste curator datur propter debitoris absentiam, sive spontaneam sive necessariam: item propter defectum hæredis: item proter æs alienum dissolvendum *t. t. ff. de cur. bon. dand.* 5. Si plures minori dati sint curatores, inter eos dividitur actio, perinde ut si pupillo plures fuerint tutores, nec in in unum datur actio insolidum. *t. t. C. de divid. tutela*, sed si plures bonis dati sint curatores, hi non pro portionibus, sed singuli in solidum conveniri possunt; *l. 2. §. 2. si plures. & l. 3. ff. d. t.* Atq; hæc evidentiæ causa præmissa sint. Post hæc ipsam videamus REGULAM, de iis quæ inq. Contractu tutelæ & curæ præstanda sint ex ejus natura. *Tutela* igitur *recipit dolum & culpam*; ut *hic*; sive Tutor, itemq; curator, (Nam hi duo quoad præsentem materiam ad paria judicantur.) ex hoc quasi contractu præstare debet pupillo vel adolescenti dolum, & latam ac levem culpam: non etiam levissimam culpam: non deniq; casum fortuitum. Cujus sententiæ fundamenta hisce legib. continentur, in quibus etiam occurrunt exempla partim doli, partim culpæ. Primò in *l. 7. C. arbitr. tut.* ubi rescripserunt Dioclet. & Maximilianus cuidam Alexandro, Non esse incerti Iuris quicquid minores amiserint, vel cum possent non adquisierint, dolo vel lata culpa, aut levi tutoris seu curatoris, hoc est tutelę seu negotiorum gestorum utile judicium venire. Secundò in *l. 4. eod. t.* ubi culpa dicitur æstimari in actione tutelæ vel negotiorum. Dixi autem aliâs culpam in Legibus simpliciter positam, ut plurimum significare culpam levem: ut hoc quoq; admonui; quicunq; hanc speciem culpæ præstare cogitur, eum multò magis & latam culpam & dolum præstare oportere: Deniq; latam culpam in contractibus, & quasi, sub dolo comprehendi. Non obstat, quod *in ead. lege* additur particula *solummodò* quæ est exclusiva. Non enim hoc eam vim habet quasi

non sit præstandus dolus vel lata culpa (Hæc enim excluduntur, quin potius includuntur, dum culpa præstanda dicitur) sed ea particula opponitur illis q. ex officio gesta sunt, id est rectè, & ita, ut tutori neq; dolus, neq; lata, aut levis culpa imputari possit, quod satis demonstrat contextus ejusdem legis. Tertiò, probatur hoc etiam per *l.1. in pr. ff. de tutelæ & rationibus distrahendis*, ubi Ulpianus ait, tutorem judicio tutelæ rationem reddere in omnibus, (i.e. de omnibus,) quæ fecit, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit (subaudi, cum facere deberet) præstando dolum, culpam, & quantam in suis rebus diligentiam: ubi duo sunt notanda. 1. Culpam aliam esse in committendo, aliam in omittendo. 2. Quòd non simpliciter ICtus dicit *tutorem præstare diligentiam*, sed *quantam in rebus suis diligentiam.* Inter has autem duas formulas multum interest. Nam qui absolutè diligentiā præstandam affirmat, is hoc vult, debere eum etiam levissimam culpam præstare, quod certe de tutore non rectè dicitur: illud autem rectissime, eum non posse salva fide minorem diligentiam adhibere rebus pupillaribus quam propriis. Et hoc Ulpianus vult convenienter aliis locis. Quartò probatur idem per *l. 18. cum tutor. ff. de tutelæ. & rationib. distrah.* ubi ait Papinianus, pupillum habere actionem contra tutorem, si dolo vel culpa ejus perperàm sit abstentus, quò minùs sc. se immisceret hæreditati paternæ. Quod idem exemplum & in *d. l.4. C. Arbitr. tut.* & alibi in Legibus sæpè adfertur. Quintò probatur per *l.7. tut. §.2. compet. ff. de Adm. & periculo tut.* ubi Vlp. ait, tutorem teneri actione tutelæ, si prædia non idonea comparaverit pupillo vel per sordes aut gratiam; sive (quod idem est) sordidè aut gratiosè: (Hisce verbis exprimitur dolus. Nam qui patitur se corrumpi muneribus, id quod est per sordes quid facere, ut in *l.15. filiusf. §.1. de Iudic.* item apud Ciceronem, vel qui amicitiæ affectioni hoc largitur, ut contra animi sententiam contraq; animi indicium quid faciat, is certè non potest dolo carere. *arg. d. l.15.*) vel per latam negligentiam. Addit autem Vlpianus, solam latam negligentiam tutores in hac parte præstare debere: quasi tutor tantum de lata culpa teneatur, non etiam de levi: quæ sententia plurimis aliis Legibus manifestè repugnaret. Sed probè notandum, quod addit ICtus *in hac parte*, i.e. in proposita facti specie: quando sc. agitur de pecunia pupillari collocanda in comparationem prædiorum, quæ res ejusmodi est, ut in ea facile fallantur etiam prudentes, perit, ac diligentes patresf. comparantes nimirùm sæpe prædia minus idonea sive sterilia quæ sperabant maximè idonea & frugifera futura. Neq; reprehendēdus est tutor, si pecuniā pupilli comparet aliqua prædia, cū sciat se non debere illam pecuniam domi otiosam aut sterilem retinere, multoque minùs in suos usus convertere, sed vel hominibus idoneis credere, hoc est fœnori ponere, vel in emptionem possessionum convertere, *arg. l.3. C. de usur. pup. cum simil. loc.* Si igitur judicio fortè erraverit in eligenda conditione, h. e. si prædium sterile pro idoneo emerit: non debet nimis rigidè cum ipso agi: sed satis est si dolo & lata culpa careat: etiamsi forte levi culpę obnoxius argui possit: hoc enim nō debet ipsi esse fraudi. Ex hac explicatione (cum qua etiam conferri velim ea quæ adfert Ant. Delrio *ad hanc legem.*) apparet, *dictam l. 7. §. competet*, posse referri ad exceptiones à regula nostra: nempe tutorem aliquando de dolo tantùm, & de lata negligentia teneri; eo videlicet casu, quo agitur de prædio minùs idoneo comparato.

Exce-

Exceptio autem firmat regulam in casibus non exceptis, ut notat Decius, Cagnolus, & alii *ad. l.1. h.t.* Huic simile exemplum exceptionis extat *in l. 2. C. Arbitrium tutelæ*, ubi tutor dicitur præstare debere pupillo damnum, quod ex sua cessatione accidit circa nomina paternorum debitorum, id est æs alienum, si non exegerit dolo aut lata culpa, seu manifesta negligentia; atque ita non appellando fecerit, ex bonis nominibus mala. Quo casu etiam non tenetur tutor de levi culpa: idque ideo, quia hic quoque facilè laberetur quamvis diligens paterfamilias; non nimiùm urgendo debitores, cum quibus ipse non contraxit, sed pater pupilli: ut probabilis esse possit in tutore ignorantia conditionis, qua fuerunt debitores paterni. *argum. l. 19. Qui cum alio. suprà h. tit.* Satis ergo esse putavit Imperator si tutor circa hanc exactionem nominum vacaret dolo & lata culpa: etiamsi fortè levi culpa non careat. Et secundùm hanc distinctionem *d. l. 2.* accipienda quoque est *l.15. si tutor. ff. de administr. tut.* ubi Paulus ait, tutorem, si non convenerit debitores quos invenit, (nempe in hereditate pupilli, ex contractu cum defuncto habito) ac per hoc minùs idonei efficiantur, conveniri. Si non convenerit; intellige per dolum & latam culpam: non etiam per levem. juxta *d. l. 2.* Aliud autem Iuris est; in illis nominibus quæ ipse tutor fecit, nempe si ipse pecuniam pupilli mutuam dederit, de quo casu videatur *l. 16. cum quæritur. ff. de administrat. tutorum*, videatur etiam *l. 25. eod. tit.* Sextò probatur insuper regula nostra per *l.10. Generaliter. & l.13. Tutor. §. 1. ff. de Administr. tutor.* ubi tutor ob cessationem tenetur: hoc est si non fecerit quod quivis idoneus paterfam. faceret: puta si pecuniam pupillarem non collocârit fœnori: cùm haberet tamen cui rectè crederet: (Nam si talem non habeat excusatur *l. 3. Cod. de usuris pupillaribus*) item si detrectarit solutionem: denique si judicium, si stipulationem pro pupillo &c. quæ omnis cessatio aut ex dolo proficiscitur, aut ex lata aut levi culpa, & tutori imputatur, si per eam pupillus damnum senserit. Septima probatio sumitur ex *l. 32. Sine hærede. §.1. digest. de administrat. tutor.* à contrario videlicet sensu, hoc modo: Ad tutorem non pertinet damnum, quod sine ipsius culpa accidit, si cautiones id est apochæ soluti vectigalis non sint inventæ &c. Ergò damnum quod culpa ipsius tutoris accidit, ad ipsum pertinet. Octavo probatur etiam per *l. 41. Qui plures. ff. eod. tit.* ubi tutores rectè conveniri dicuntur ex culpa, qui suspectos facere neglexerunt contutores suos, quod exemplum alibi sæpe repetitur. Nonò: Aliud exemplum est, si culpa vel fraude tutoris vel curatoris læsa sit ratio pupilli, causa, vel res ipsius; ut *in l. 10. si liberti C. de Administrat. tutor.* cui simile est rescriptum *in l. 12. Cod. d. tit.* Multis autem modis fieri potest, ut pupilli ratio, id est, conditio, causa, sive res lædatur. Decimò: Aliud exemplum est in *l. 11. si bonam causam. Cod. eod. tit.* ubi tutor pupillo præstat indemnitatem, qui vel non appellavit à sententia contra pupillum lata in bona causa: vel appellavit quidem, sed non est prosecutus appellationem sive non implevit solennia provocationis, ut loquitur Imperat. Gordianus *in dict. l. 11.* Vndecimò: Aliud exemplum est *in l. 21. pupillorum. C. eod. t.* ubi Tutores & Curatores præstant periculum rei amissæ, si per eos neglecta est conditio donationum: id est, si cùm donatum esset pupillis sub conditione aliqua, ipsi fuerunt impedimento quo minùs illa conditio impleretur: sive si per ipsos

steterit ut conditio deficeret, atq; ita donatio conditionalis extingueretur. Duodecimò: Aliud exemplum nobilissimum est *in l. 22. Lex quæ tutores Cod. d. t.* Vbi Constantinus Imp. sancit, tutori ascribendam esse fugam servorum, quorum vel negligentiâ suâ dissolutam esse passus est disciplinam; vel quos malè tractavit, nimia scilicet duritia atq; sævitia, vel inedia, & verberibus eos afficiens: atque ita ad fugam illos quodammodò compellens. Decimotertiò: Aliud exemplum est in prætermissa & recusata defensione pupilli: quam ob rem tutor & tanquam suspectus removeri potest à tutela, & omne detrimentum, quod pupillus ex recusatione defensionis sustinuerit, resarcire cogitur. *l. ult. C. de administr. tutor.* Decimoquartò; Aliud exemplum est *in l. 7 §. 1. ff. de administr. tutor.* si tutor cessaverit in distractione earum rerum, quæ tempore depereunt, sive quæ servando servari non possunt, ut loquitur Imp. Constantinus *in d. l. 22. in fi. C. de Admistr. tutor.* Decimoquintò: Aliud exemplum est in omissione inventarii; quæ potest fieri vel ex dolo, vel ex lata culpa, vel ex levi.

Quæ res ut intelligatur, sciendum est, debere tutores vel curatores quam primum fuerint constituti inventarium rerum omnium & instrumentorum pupillarium solenniter conficere, in præsentia publicarum personarum; sive, ut hodiè loquimur, coram notario & testibus. *l. 24. tutores. C. de Administr. tutor.* quod alio nomine *repertorium* appellatur, teste Vlpiano *in l. 7. in pr. ff. de Administrat. tutor.* Germani vocamus Fundbuch. Ratio est: quia aliter non potest constare quantæ sint vires patrimonii pupillaris, sive quantum in bonis habeat pupillus vel adolescens. Deinde quiâ tutor & curator rationes actus sui aliquando reddere, & reliqua, sive tutelam, restituere debent. Ad rationes a. & restitutionem tutelæ, necessarium antecedens est Inventarium; quod rectè vocat Baldus *caput reddendarum rationum.* Huic enim standum est etiam contra tutorem, ut est *in l. ult. C. Arbitr. tutelæ.* Adeò autem necessaria est confectio inventarii. 1. ut nihil gerere oporteat tutorem vel curatorem, antequam inventarium fecerit: ut inquam, non audeat res pupillares vel adulti aliter attingere, vel ullam sibi communionem ad eas vindicare; nisi prius, inventario publicè facto, secundùm morem solitum res ei tradantur ut post Vlpian. *in d. l. 7. in pr. ff. de Admin. tut.* loquitur Iustinianus in *l. fi. C. Arbitr. tutelæ.* 2. ut negligens inventarii confectionem, possit removeri tanquam suspectus. *d. l. fi. C. Arb. tut.* 3. Vt contra ipsum jurari possit in litem: id est ut pupillus possit, id quod sua interest, in infinitum (sub taxatione tamen sive moderatione judicis.) æstimare. *d. l. 7. in pr. ff. de Administr. tut.* Est enim talis tutor in dolo; si non vero, tamen præsumpto: qui cum sciret, sive scire deberet, sibi incumbere necessitatem inventarii conficiendi, tamen officium suum neglexit: doli autem illius sive veri sive præsumpti hæc est pœna legitima, ut debeat admittere sive pati Iusjurandum in litem contra sese. *d. l. 7. in pr. & l. pen. C. de in litem jurand.* Sed hîc notanda est insignis differentia, inter tutorem ipsum, & tutoris hæredem. Alio enim Iure est Tutor, alio Hæres tutoris. Tutor si non proferat, id est exhibeat inventarium, & cætera instrumenta, potest, id est debet, jusjurandum in litem contra se admittere: Sed Heres non aliter, quàm si illa in hæreditate reperta, dolo malo non

exhi-

exhibeat: ita manifestè distinguit Imp. Gordianus *in d. l. pen.* Cui consentit rescriptum Diocletiani & Maximiani, *l. ultim. eod. tit.* In actione tutelæ adversus hæredes placuisse prætermitti jusjurandum in litem, ob non factum inventarium. In summa: Adversus tutorem qui non confecit inventarium, jurari potest in litem: Sed adversus hæredem tutoris, non juratur in litem, nisi & ipse dolum proprium admiserit. Ratio differentiæ est. 1. quia hæres etsi in acti one tutelæ sucedat tutori, eamque excipere cogitur: tamen in tutela ipsa & in administratione ejus non succedit: non magis quàm in mandato, & in societate, & similibus, in quibus certæ personæ industria spectatur. Nam cum tutela fuerit munus personale, extincta est cum persona, Pars autem administrationis tutelæ una, & quidem præcipua, fuit inventarii confectio. 2. quia quisque doli sui pœnam suffert, ut ait *l. 15. si ex duobus. ff. de tutelæ & rationib. distrah.* & pœnæ suos autores tenere debent, ut ait *l. sancimus. 22. C. de pœnis.* Sed quod diximus de necessitate conficiendi inventarii, id hanc patitur exceptionem, nisi testator specialiter prohibuerit, ne inventarium conscriberetur. *d. l. ultim. §. 1. in verb. nisi testatores etiam. Cod. Arbitrium tutelæ.* Talis enim prohibitio valet, ut pluribus docet Octavianus Cacheranus *consil. 36. num. 8.* & Iulius Clarus *in §. testamentum. quæst. 66.* & Zasius *cons. 18. lib. 2.* ubi multa memorabilia habet de fine sive usu, & remissione, vel prohibitione Inventarii. Sunt & alii qui inventarium facere debent, de quibus nostrum non est hîc latius explicare, videri autem potest *l. fin. & ibi DD. Cod. de Iure delib.* & Rolandus à Valle, aliique qui de inventario tractatus scripserunt: quibus etiam adjungatur Bertachinus *in Repertorio litera I.* & Petrus Heigius. *quæst. 20. lib. 1.* ubi generaliter de rationum redditione, & ad quas tenentur quilibet administratores rerum alienarum, tâm publicarum quam privatarum diligentissimè tractat. Mihi satis fuit, breviter attingere eam confectionem inventarii, quæ tutori & curatori, jncumbit. Plura de Inventario tradidi *in Methodica Expositione Novellarum.*

Decimosextò: Denique exemplum est in donatione rerum pupillarium: itemque in transactione deminuendi causa facta à tutoribus. Sciendum est enim tutorem non posse donare res pupilli. *l. 22. Tutor. & l. 46. Lucius Titius. §. fi. ff. de Administrat. tutor. l. 16. Non omni titulo. C. eod.* Ratio est, non solùm illa generalis, quæ sumitur ex *titulo Codicis de rebus alienis non alienandis.* omnis autem donatio est alienatio quædam: sed etiam hæc specialis, quia tutori tantùm permissa est administratio rerum pupilli ad ejus utilitatem, non perditio aut dissipatio. Hæc autem duo tanquam contraria opponuntur, *administrare & perdere. l. 7. filiusfam. in princip. ff. de Donat. & l. 3. §. 3. Is autem solus. ff. de S. C. Macedon.* & donare est perdere. *dict. l. 7. ff. de Donationibus.* Etsi enim per donationem beneficii debitor adquiri dicitur, & hanc esse speciem lucri. *l. 54. si pignore. §. 1. ff. de Furtis,* videlicet propter naturalem obligationem ad referendam gratiam, sive ad antidora, ut est *in l. 25. §. consuluit. digest. de heredit. petit.* tamen ea res non attenditur: cùm non possit agi civiliter ad faciendam remunerationem. Deindè; tutor, si vult, de suo liberalis esse debet, non de alieno, secundum illud Terentiani, *de tuo*

largitor. Ampliatur hoc quod dixi, de donatione rerum pupillarium tutori interdicta; ut ne quidem personis pupillo valdè conjunctis facta donatio valeat: v. g. non debet tutor matri vel sorori pupilli mittere munus nuptiale aut natalitium. *l.* 13. *Tutor.* §. 2. *In solvendis. ff. de administrat. tutor.* ut maximè aliàs favorabilia sint ejusmodi munera: de quibus agitur etiam *in l.* 194. *Inter domum. ff. de verb. signif.* Si igitur adversus hæc tutor rem aliquam pupillarem donaverit, hoc pupillo nihil nocet. *d. l.* 22. *Tutor. ff. de Administr. tut.* Non enim transfertur dominium rei donatæ in accipientem, sed manet penes pupillum, qui & tanquam suam vindicare potest à possidente: *d. l.* 16. *in fi. C. d. t.* Quod si fortè pupillus suum recuperare non possit à possessore; consequens est, ut per actionem tutelæ ab ipso tutore indemnis præstetur, quia tutor per talem donationem quam facere non debuit, admisit latam & certè levem culpam, qua pupillo damnum dedit. Eadem ratio est Transactionis deminuendi causa factæ, quæ est Donationis. Potest quidem tutor de re pupillari transigere: verùm ita demum, si transactio tendat ad utilitatem pupilli, non ad deminutionem, id est damnum ejus. Nam ipsum damnum à deminuendo dictum est, si ICto Paulo credimus *in l.* 1. *ff. de Damno infecto.* Cavendum est ergo tutori transigenti, ne quicquam deminuat de rebus pupillaribus: h. e. ne remittat obligationem pupilli, vel ne res ipsius alienet. *d. l.* 46. §. *si ff. de Administr. tut. l.* 22. *pactum curatoris. C. de pactis, & ibi DD.* videatur etiam Andr. Geil. *lib.* 2. *observ.* 72.

Hæc ad probandam & illustrandam regulam sufficere possunt. Ex quibus simul intelligitur, quæ præcipuæ sint partes officii, & administrationis Tutorum & Curatorum.

Dixi autem *Tutorem de levissima culpa præstanda non teneri.* Hæc enim non tantùm communis est opinio, probata Accursio, Bartolo, Decio, Baroni, & aliis nonnullis recentioribus interpretibus: sed etiam humanior esse videtur: & favorabilior tutoribus: qui aliàs satis gravantur ipso onere tutelæ: & ipsa gerendi necessitate quodammodò excusati esse debent, etiamsi non tam exactam rationem diligentiæ ab ipsis reposcamus, ut etiam levissimam culpam præstent: ut fatetur quoq; Ant. Contius: quamvis ipse potiùs inclinet in sententiam Constantini Harmenopuli, qui *ad hanc ipsam legem* scribit, magnam diligentiam exigi in tutela. Quæ sententia nobis non probatur. Videamus tamen, disputandi caussa, quid pro illa opinione, quæ à tutore etiam levissimam culpam requirit, adferri, simulque quid ad ea responderi possit.

Primum igitur argumentum sumitur ex *l.* 20. *Tutor. C. de negotiis gestis*: ubi ex rescripto Impp. Diocl. & Max. videtur colligi posse, tutorem & curatorem in plus teneri quam negotiorum gestorem. Ait enim lex, Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum, negotium alienum spontè gerit. Cum igitur negotiorum gestor, teneatur de dolo, & lata ac levi culpa; etiam tutor & curator tenebitur de levissima: & quidem tantò magis, quia negotiorum quoque gestor, secundum quosdam tenetur levissimam culpam præstare, *argum. pr. in tit. Instit. de obligat. quæ q. ex contractu.* Sed Respondendum 1. Non dicitur *in d. l.* 20. quod Tutor vel curator duriùs vel in plus obligetur quàm Negotiorum gestor. In eo

inquam

inquam, non est constituenda dissimilitudo illarum personarum: sed potiùs in necessitate muneris, & voluntate propria quarum illa (necessitas) est in Tutoribus hæc (voluntas propria) in Negotiorum gestoribus. Ex qua differentia illud consequitur, quod Negotiorum gestor de illis tantùm quæ gessit teneatur; de non gestis sive quæ non attigit sua administratione non item: Tutor verò & Curator etiam de iis quæ non gessit vel administravit: quia administrare debuit. 2. Illud ipsum controversum, quod dictum est in objectione, Negotiorum gestorem teneri etiam de levissima culpa: qua de re *infrà cap. proximo* dicam.

Alterum argumentum depromitur ex *l. 4. C. de periculo tutorum*: Tutori & curatori non imputantur casus fortuiti. E. cætera omnia ipsis imputari debent, id est, quicquid ipsorum vel dolo, vel lata, vel levi, vel levissima culpa accidit damni. Respond. nullam esse in hac illatione necessitatem consequentiæ. Nam qui negat casum fortuitum in tutela & cura præstari: præsertim cum id contrarium sit, tàm multis aliis locis suprà allegatis pro altera sententia: ultra levem culpam hîc nihil præstari debere. Oportet autem unam legem secundum plures; obscuriorem, secundum clariores interpretari. Prætereà hoc quoque meminisse debemus, quod verissimè admonuit Ant. Delrio, & latiùs Dominus Bocerus *ad hanc l.* Imperatores *in d. l. 4.* respondisse ad speciem & quæstionem sibi propositam: an scilicet tutor vel curator ad casum fortuitum teneretur. Et pleræque leges Codicis sunt hujusmodi rescripta principum ex propositis quæstionibus sive consultationibus nata: dum Imperatores vel ad partium consultationem, vel ad judicum relationem rescripserunt quid Iuris sit. Quæ observatio ad id nobis proderit, ut sciamus talia rescripta ad propositam facti speciem & quæstionem accommodanda esse: Non autem ex illis esse restringendas regulas Iuris alibi traditas, multoque minus inde evertendas.

Tertium argumentum est ex *l. 1. in pr. ff. de Tutelæ & rationionibus distrah.* ubi tutor præter dolum & culpam, dicitur præstare etiam diligentiam: quibus verbis significatur levissima culpa. Nam quicquid ultra culpam levem præstatur, id non potest esse aliud quam aut levissima culpa, aut casus fortuitus. Hic autem sub diligentiæ nomine nusquam comprehenditur, ac ne quidem potest sub ea comprehendi. Relinquitur ergò ut hîc præstanda sit levissima culpa. Respond. 1. non simpliciter *in allegata l. 1.* dici diligentiam præstari debere: sed cum hac adjectione, *quantam in suis rebus tutor adhibet*. Si igitur tutor solet in rebus suis ne levissimam quidem culpam admittere, eandem etiam in pupilli rebus præstabit, *argum. l. 32. quod Nerva ff. depositi*. Sed hoc non fit ex naturâ hujus quasi contractus: verum ex accidente: ut suprà quoque monui, hanc esse exceptionem à regula, per exceptionem verò non evertitur vel infringitur regula: sed potiùs confirmatur in casibus non exceptis.

Quartum argumentum est ex *l. 33. A tutoribus ff. de Administr. tut.* ubi ait Callistratus, eandem diligentiam circa administrationem rerum pupillarium exigendam esse, à tutoribus & curatoribus, quàm paterfam. rebus suis ex bona fide præbere debet. Respond. eandem esse solutionem qua usi sumus *ad d. l. 1. in pr. ff. de tutela & rationibus distrah.*

Quintum argumentum ſumitur ex *l. 15. verſ. Eadem. ff. de furtis.* Vbi ſi quis tutelam affectaverit, ejuſque adminiſtationem quaſi præripuerit contutoribus ſive collegis, oblatâ ſatisdatione, debet præſtare diligentiam: id eſt, etiam de leviſſima culpa tenetur. Reſponſio ferè eſt eadem, quæ ad præcedentia duo: nempe eſſe hanc quoque exceptionem à regula: neque rectè ſic colligi, aliquando tutor etiam de leviſſima culpa tenetur. Ergò ſemper de ea præſtanda obligabitur. Hoc enim eſſet nihil aliud, quàm ex particulari inferre velle univerſale: Ratio autem hujus exceptionis eſt, quia ſi tutor talis unus ex pluribus, non ad ſe traxiſſet adminiſtrationem, alius vel alii rectiùs & majore diligentia ea adminiſtrare vel gerere potuiſſent.

Sextum: Magiſtatus qui tutorem dedit in omne periculum ſuccedit. *l. 4. Non ſimiliter. ff. de Magiſtratibus conveniendis.* Ergò tutor quoque de omni periculo tenetur: quia ſurrogatum imitatur naturam ejus cui ſurrogatur. *arg. §. fuerat. & ib. Iaſon. & Zaſius Inſtit. de Actionib.* Si tutor de omni periculo tenetur. Ergo etiam de eo quod leviſſima ipſius culpa contigit. Reſpond. primò, *Omne periculum* ſimilibus in locis, & ibi, intelligendum eſſe, non de eo quod leviſſima culpa tutoris, neque quod caſu fortuito contingit, ſed de eo quod levi culpa, vel lata, vel dolo ipſius. Deinde, Comparatio ibi inſtituitur, inter magiſtratum & heredes tutoris: non autem quæritur de gradibus culpæ præſtandis vel ab ipſo tutore, vel à magiſtratu à quo datus eſt.

Septimum argumentum ſumitur ex favore pupillorum, quem conſtat ubiq; in Iure eſſe maximum, ut latè docet Damhauderius *in tractatu quem inſcripſit patrocinium pupillorum.* Sententia autem illa quæ tutorem etiam de leviſſima culpa teneri vult, favorabilior & utilior eſt pupillo quam altera: facitque, ut ipſius indemnitati tantò plenius conſulatur: Ergò præferenda eſt meritò alteri opinioni, quæ habet, quod tutor ultra levem culpam nihil præſtet. Reſp. Magnus quidem eſt favor pupillorum, utpote perſonarum non minùs miſerabilium quàm viduarum: qui favor promeruit, ut etiam Imperator ipſe inter eas cognoſcat, ut eſt *in tit. Codic. quando Imperator inter pupillos vel viduas vel miſerabiles perſonas cognoſcat.* Veruntamen ille ipſe favor tantus eſſe non poteſt, nec eò uſque extendi debet, ut tutorem aliàs ſatis ſuperque oneratum nimium gravemus, & ab eo etiam leviſſimæ culpæ præſtationem exigamus: præſertim cùm hîc ſolius pupilli utilitas & commodum verſetur, nulla verò tutoris: teſte etiam Cicerone *in 1. de Offic.* Ex quo dicendum videbatur, eum non niſi de dolo & lata culpa teneri debere. *arg. l. 5. ff. commodati.*

Octavò & ultimò, argumentum quoq; ſumi poteſt ab auctoritate Græcorum Interpretum, ſive Scholiaſtarum Iuris noſtri. Hi enim videntur rectas interpretationes ac ſententias legum inde uſque à temporibus Iuſtiniani per manus traditas, retinuiſſe, profeſſione Iuris nunquam apud eos interrupta, quæ in Occidente ſerò recuperata eſt. Reſpond. Sit ſanè Græcorum Interpretum magna auctoritas: ex quorum ſcholiis etiam Cujacius plurima in Corpore Iuris feliciſſimè partim reſtituit atque emendavit, partim explicavit; longè rectiùs quàm vulgò leguntur vel intelliguntur. Sed tamen negari non poteſt, illos interdum etiam per erro-

errorem falsas sententias pro veris amplexos fuisse: unde Hotomannus ipsorum auctoritatem sæpè elevare solet, *Græculos* appellans, quamvis magis æmulatione Cujacii, quàm vero judicio ductus. Valet igitur hîc quoque illud vetus: ut omnia probemus atque exploremus: quod bonum est teneamus: nihil autem recipiamus, quod manifestis textibus Iuris adversetur, præsertim pluribus, sicut ista Græcorum opinio clarissimis textibus suprà allegatis repugnat maximè *in l. 7. quicquid C. Arbitrium tutelæ*: ac proinde repudianda nobis est, suisque auctoribus relinquenda, cum ipsorum bona gratia.

Atque hinc jam magis magisque constare arbitror, Tutelam regulariter non recipere culpam levissimam: *regulariter* inquam: Nam quod interdum tutor etiam levissimam culpam præstat, id non facit regulam: sed exceptiones constituit: ut 1. si ipse soleat in suis rebus esse diligentissimus. 2. si se obtulerit administrationi cæteris contutoribus præreptæ, ut suprà exposui.

Sequitur ut probemus, *tutorem de casibus fortuitis regulariter non teneri, & hos ei imputandos non esse*. Id non solùm ex generali regula satis intelligitur; qua traditum est, ea quæ fortuitis casibus accidunt, in nullo bonæ fidei judicio præstanda esse. *l. 6. C. de pign. act. & in fin. hujus legis*, sed etiam in specie expressum est, *in l. 4. C. peric. tut.* ubi testantur Impp. hoc sæpè rescriptum esse. Exempla casuum fortuitorum adversus quos caveri non potuit, (id est, qui nulla humana diligentia, ope vel cautione prævideri, averti, aut declinari potuerunt) duo adferuntur *in l. 50. si res pupillaris. ff. de administr. & peric. tut.* Primùm Incursus latronum, quo res pupillaris periit: qui alibi vocatur *impetus prædonum*, ut infrà, *hac ipsa lege nostra*, & *aggressura latronum* in *d. l. 6. C. de pign. act.* Alterum exemplum est, si argentarius, cui tutor mutuam dedit pecuniam pupillarem labatur facultatibus, & fiat non solvendo: cum quidem tempore contractus esset celeberrimus, id est, ab omnibus pro idoneo haberetur, & qui facilè solvendo esset. His facile erit plura exempla aggregare: ut si domus pupilli conflagret incendio, cum omnibus aut plerisque ejus bonis, absque culpa tutoris: item si fundus pupilli chasmate, id est, hiatu terræ perierit: item si segetes calamitate fuerint affectæ.

Est tamen quando etiam de casu fortuito tenetur tutor: nimirum, quando ipsius culpa præcessit casum & interitum rei. Ratio est, quia hæc est pœna culpæ ac negligentiæ ejus, qua occasionem dedit casui, eumque accersivit, cùm potuisset præcavere. Imo hic casus fortuitus fuisse non videtur, quia adversus eum caveri potuit: Nam casus fortuitus definitur vis major, qui nulla diligentia prævideri, præcaveri, & averti potuit. Exemplum est in *l. 3. Codic. de periculo tutor.* ubi proponitur, tutor habuisse res pupillares in hospitio suo: cùm deberet eas propiùs vel in horreo conditas habere, vel etiam venundare: quæ res vi ignis absumptæ sunt. Respondent Impp. damnum illud non spectare ad pupillum, sed ad tutorem: & contrarium poscentem tutorem, rem non probabilem desiderare. Cur ita? Quia damnum tale potuisset evitare tutor, si alibi eas res asservasset, vel etiam distraxisset: Proindeque quod ipsius culpa accidit vel segnitia, id meritò ipsi imputatur.

Non

Non est hîc prætermittendus insignis locus de ACTIONIBUS, ex tutela vel occasione ejus nascentibus: & de concursu actionum, sive de affinibus remediis: quæ sanè non sunt pauca, ideò introducta, pupillis quàm plenissimè consulatur.

Duæ autem sunt præcipuæ Actiones, una Tutelæ Directa, altera Tutelæ Contraria. Quarum Illa datur pupillo ejusque heredibus adversus tutorem & ejus heredes: (diversimodè tamen, & leniùs contra heredes, quàm ipsum tutorem, ut suprà attigi ex *l.4.C. de in litem jurando.* eaque de re est *tit. Cod. de heredib. tutorum*) ad reddendas rationes administrationis, vel cessationis, restituendamque tutelam, sive reliqua; & præstandum, quicquid omninò pupillus vel damni acceperit, vel lucri non adquisiverit, cum posset; dolo, lata, vel levi culpa tutoris: secundum ea quæ suprà in explicatione regulæ nostræ dicta sunt. Hæc verò datur tutori & heredi ejus adversus pupillum, & heredes ejus, & indemnitate, hoc est, si quas impensas de suo fecerit tutor in res pupilli, vel pro pupillo, ejus recuperet, atque ita indemnis præstetur. Quod sanè est æquissimum. Nemini quippe suum officium debet esse damnosum. *l.17. digest. testamenta quemadmod. aperiantur. l.61.§. quod verò.ff. de furtis & l.15.ff. Mandati. Paulus lib.5.sent.t.6.§.10.* Quò spectat illud Plauti *in Cistellaria*: *Ne benemerenti sit malo benignitas.* Eaque ipsa æquitas ferè omnes contrarias actiones introduxit: in quibus scilic. agitur de calculo & indemnitate. Notandum est autem hos sumptus posse tutorem servare non solùm contrariâ tutelæ actione adversus pupillum proposita: sed & compensatione: ut scilicet dùm ipse convenitur Directâ tutelæ, in tutela & reliquis restituendis deducat ea quæ pro pupillo impendit. *l.1.§. præterea. ff. de contraria tutelæ. l.3. C. eod. l.2. Cod. de in litem dando tutore: & facit huc l.18. In rebus. §. fin. ff. Commodati.* Vlpianus has vocat *reputationes. in l.2. digest. ubi pupillus educari debeat.* Porrò in utramque harum actionum veniunt etiam usuræ: utpote in judicio b. fidei: quod de contraria tutelæ dicitur in *l.3.§.1. vers. consequitur. ff. de contraria tutelæ*, ubi agitur de usuris quas pupillus tutori præstat. De illis vero quas tutor præstat pupillo est *l.7.§. quæ sint. ff. de admin. tut.* Et quia hic nonnulla sint singularia, proprius datur titulus in Codice, *de usuris pupillaribus.* Conveniunt etiam ambæ hæ actiones in eo, quod neutra datur durante tutela. *l.9. si tutor. §. generaliter. & §. ultim. l.18. cum tutor. in fi. ff. de tutela & rationibus & distrahend. l.1. §. finito. ff. de contraria tutelæ & alibi.* In eo autem differunt istæ actiones, quod Directa infamat condemnatum, Contraria non item. *l.1.§.6. qui pro socio. ff. de his qui notantur infamia. & §. Ex quibusdam. Instit. de pœna temerè litigantium.* Sed quod Oldendorpius *classe 4. act.32.* hanc quoque differentiam constituit; ut Directa tutelæ sit civilis; Contraria verò prætoria: id quidem probare non possum. Neque enim hujusmodi collectio valet: Hanc actionem proposuit prætor, (quod de contraria tutelæ fateor dici in *l.1. in princ. ff. de contrar. tutelæ.*) Ergo hæc actio est prætoria. Nam Prætor multas etiam civiles actiones in edicto suo proposuit, *arg. l.1. in pr. ff. commod. Item alibi.* quas tamen nemo sanus ob id dixerit esse prætoris: cùm illæ demum actiones sint prætoriæ, quæ ex jurisdictione prætoris substantiam capiunt: sive quas Iure Civili incognitas prætor primùm introduxit: non autem quascunq; approba-

vit,

vit, & in Edictum suum retulit. Hoc igitur teneamus: Contrariam tutelæ actionem non minus esse civilem, quàm sit actio Directa.

Porro à Tutelæ actione diligenter discernenda est actio Protutelæ. Hæc enim datur Directa quidem in eum, Contraria verò ei, qui pro tutore negotia pupillaria gessit, h. e. qui cum revera tutor non esset, tamen munere tutoris functus est in re impuberis. Nec interest, sive quis putaret se tutorem esse, sive cùm sciret se non esse tamen finxit tutorem. *l. 1. in pr. & §. 1. ff. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.* Hic eandem fidem & diligentiam præstare debet quam verus tutor præstaret, ut monet Oldendorpius *classe 4. act. 33. in fin. arg. l. pen. ff. d. t. in verbis: ut eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debeat.* Est autem hæc memorabilis differentia inter actionem tutelæ & Protutelę, quod ista etiam ante pubertatem, & ante finem tutelæ datur. *l. 1. §. finito. vers. sed si pro tutore ff. de eo qui pro tutore.* (ubi ait Vlpianus, nullam de hoc disputationem esse,) cum illa non nisi post pubertatem & finita tutela detur, ut suprà dictum. Cætera verò communia sunt, atque eadem actioni Tutelæ & Protutelæ ut docet Oldendorpius *d. loco.* Illud quoque notandum est, si quid falso tutore auctore gestum sit, de eo dari primò contra pupillum restitutionem in integrum ei, qui justo errore ductus cum ipso contraxit. *l. 1. §. ultim. ff. quod falso tutor. auctor.* Dixi, *justo errore ductus.* Nam aliud est, si quis sciat hunc tutorem non esse, & tamen auctoritatem ejus in contrahendo sequatur. Huic enim non dabitur restitutio in integrum, quia seipsum decepit, ut ait ICtus. 2. Dari in talem falsum tutorem quanti res est, si dolo malo auctor factus fuerit. *l. 7. novissimè. in pr. & l. 11. falsus. in pr. ff. qui falso tutore auctore, &c.* Hîc non dico, *si sciens,* sed *si dolo malo.* Nam scientia non statim incidit in dolum malum, sive non quælibet scientia est dolus malus. *d. l. 1. §. 1.* Observandum est autem de hac actione in factum, quod neque post annum in falsum tutorem detur, neque omninò in heredem cæterosve successores. *l. 9. §. 1. ff. d. t.* Etsi enim in hanc actionem non venit pœna, sed veritas: id est, vera rei æstimatio, sive quanti res est. *l. 7. §. quod ait. ff. eod. t.* tamen & factum puniunt, & in dolum concipiuntur istiusmodi actiones, ut ait idem Vlpianus *in l. 9. §. 1. eod. t.* Tales autem actiones non dantur in heredem, nisi quatenus ad eum pervenit, item nisi lis fuerit contestata cum defuncto. *l. 26. in heredem. ff. de dolo malo, cum similibus.*

Pergamus ad alias actiones quæ ex tutela vel occasione ejus competunt. Talis est inprimis ea quæ vocatur *Rationibus distrahendis.* Ea datur contra tutorem, qui ex bonis pupilli quid abstulit vel dolo, vel etiam sine dolo: & datur in duplum, non ejus quod interest, sed pretii rei: Cui tamen duplo & res ipsa inest ut non totum duplum sit pœna, quemadmodum in actione furti nec manifesti. *l. 1. §. rationibus distrahendis. & §§. seqq. digest. de tutelæ & rationibus distrahendis, & l. 2. eod. t.* Ex quibus jam satis intelligitur, quantopere differat hæc Rationibus distrahendis actio, à Tutelæ actione. Nam 1. Tutelæ actio est ex quasi contractu; sed Rationibus distrahendis, oritur ex delicto vel quasi. 2. Tutelæ actio est rei persequutoria, & in simplum datur, id est, quanti res est: sed Rationibus distrahendis actio, est pœnalis, vel certè mixta, & in duplum datur. 3. Tutelæ actio datur heredi & in heredem; sed Rationibus distrahendis datur quidem heredi, non tamen etiam in

heredem. *l. 1. §. pen. ff. de tutelæ & rationibus distrahend.* Est enim hoc generale, ut pœnales actiones non dentur in heredem, *§. non autem omnes. Instit. de perpetuis & temp. actionib. l. sicubi pœna, & l. pupillum. §. in heredes. 1. infrà h. t. de R. I.* Nisi lis fuerit contestata cum defuncto. *l. 26. omnes pœnales. & l. 58. sciendum est. ff. de obl. & act. l. ult. §. 1. in fin. ff. de fidejussorib. tutorum.* aut nisi ad heredem aliquid pervenerit. *d. l. sicubi pœna. cum similibus.* An autem Tutelæ actio tollatur per hanc Rationibus distrahendis, vel an hæc per illam; videndum est *in l. 1. §. in tutela. ff. de tutelæ & rationib. distr.*

Sequuntur jam aliæ CONCURRENTES ACTIONES. Tales sunt 1. Actio furti. *l. 2. §. 1. digestis. de tutel. & rationibus distrahendis.* quæ datur, si tutor quid abstulerit ex bonis pupilli animo furandi. Hoc enim requiritur ad actionem furti, ut res affectu sive animo furandi sublata sit. *§. placuit. Institut. de obligat. quæ ex delicto nascuntur. cum similibus.* Veruntamen hic observandum: quemadmodum in socio rem, communem aufferente potiùs præsumimus, eum suo Iure uti, quàm furti & fraudis consilium inire voluisse. *l. 53. meritò. digest. pro socio.* Ita etiam in tutore non facilè nos furtum debere præsumere, sed in partem benigniorem potius inclinare: præsertim cum tutor loco domini habeatur in rebus pupilli. Hæc autem furti actio à rationibus distrahendis in eo differt, 1. quod sit ex vero delicto; cum altera sit ex quasi delicto. 2. in eo, quod duplum in actione furti nec manifesti totum sit pœna, extra rem ipsam furtivam: ut notum est *ex Instit.* Sed in altera duplum continet rem ipsam, nec totum est pœna. 3. in eo, quod Furti actio est famosa: sed Rationibus distrahendis non infamat: tametsi opinionem tutoris malè versati apud bonos viros gravet, ut rectè monet Oldendorpius *class. 4. act. 34.*

Secundò, Concurrit etiam Condictio furtiva. *d. l. 2. §. 1. & l. 9. si tutor. §. ult. ff. de tut. & rationib. distrah.* Cujus differentiam ab actione furti ostendit Vlpianus *in l. 7. §. 1. ff. de Condictione furtiva.* An autem vel furti actio, vel condictio furtiva, tollatur per actionem rationibus distrahendis, vel non, docetur *in l. 1. §. hunc tamen tutorem & in l. 2. §. 1. ff. d. t.*

Tertio, Concurrit etiam actio damni injuriæ sive legis Aquiliæ, ut est, *in d. l. 9. §. fin. d. t.*

Prætereà concurrit quoque cum actione Tutelæ actio Depositi, item actio Commodati: Nempe si pater pupilli rem aliquam deposuerit apud tutorem, vel ei commodaverit, eamque tutor non reddat. *l. 5. si tutor. ff. de tutelæ & rationibus distrahendis.* Vbi etiam datur condictio ob turpem causam, ad repetendam pecuniam, si quàm fortè acceperit tutor, ut redderet depositum vel commodatum. Tali enim ex causa turpiter accipitur pecunia: cum ultrò & gratis facienda sit restitutio depositi vel commodati. Conferatur *l. ultim. ff. de condictione ob turpem causam.*

Adhæc concurrit cum actione tutelæ, etiam Negotiorum gestorum actio, ut est in *l. 13. si tutor. & l. sequent. ff. de tutel. & rationibus distrahendis.* Vbi notanda est hæc distinctio inter negotia pupilli, quæ tutor post pubertatem, id est, finitâ tutelâ administrat: ut si quidem connexa sint prioribus, atque ex illis dependeant,

tun-

tunc veniant in actionem negotiorum gestorum. In hanc enim devolvitur judicium tutelæ: ut eleganter loquitur Vlpianus *in d. l. 13.* Ratio differentiæ est, quia aliàs quoque continentia causarum non est dividenda: qua de re diligenter scripsit Petrus Frider. Mindanus. Et hæ quidem ferè sunt actiones, quæ dantur contra tutorem ejusve heredes.

Restant aliæ, quæ contra alios ob tutelam dantur. Talis est inprimis actio Hypothecaria, quę datur de rebus tutoris contra quemlibet illarum possessiorem. Nam cùm lex concesserit pupillis & minoribus tacitam hypothecam in omnibus bonis tutoris & curatoris pro officio administrationis, vel etiam si cessaverit in suo officio: Rectè ea bona sibi vindicant minores per hanc actionem, quæ est in rem, sicut superiores omnes fuerunt in personam. Hac de re videatur. *l. 20. pro officio. Codic. de administration. tutor. & l. unica. §. & ut plenius. Codic. de rei uxoriæ actione.*

Deinde habent etiam pupilli actionem contra fidejussores tutorum, & contra nominatores, & contra affirmatores, eorumque heredes: ut est in *tit. digest. de fidejussoribus & nominatoribus & heredibus tutorum, & t. Codic. de fidejussoribus tutor. & curator.* Et affirmatores, (id est, qui idoneos esse tutores affirmarunt) nominantur. *in l. 4. §. fi. digest. d. t.* Sciendum est autem, tutores præter illam tacitam hypothecam omnium bonorum pro administratione sua pupillis obligatorum, aliam quoque cautionem sive satisdationem præstare debere, videlicet rem pupilli salvam fore, quæ est stipulatio, & satisdatio prætoria, de qua agitur *in Digestis proprio titul. Rem pupilli vel adolescentis salvam fore, & in §. fin. Institut. de divisione stipulationum.* Dicitur autem & *Satisdatio salvam tutelam fore*; ut in *leg. 2. Cod. de tutore vel curatore qui satis non dedit.* Omnis autem stipulatio prætoria sive satisdatio desiderat personas intervenientium, id est, non fit nisi dati fidejussoribus. *l. 7. pratoriæ. digest. de stipulationibus prætoriis. & l. 1. ff. qui satisdare cogantur.* Quanquam autem omnis fidejussio regulariter fit per stipulationem *l. 12. blanditus. Codic. de fidejussoribus. & §. ultim. Institut. eodem titulo.* Stipulatio autem non fit nisi utroque loquente, ut est *in lege prima, digest. de verborum obligationibus.* tamen in istis fidejussoribus, qui spondent, Rem pupilli salvam fore, hoc singulare est, quod etiam tacitè fieri potest, nempe si non contradicat quis, cum à tutore præsens nominaretur, sed patiatur nomen suum in acta publica referri. *lege quarta, paragrapho ultimo, digest. de fidejussoribus tutorum.* Quod exemplum tacitæ stipulationis probè notandum puto: cui vix aliud simile reperias in toto Iure, præter illud de dote, de quo aliàs dixi ex *lege unica. Codic. de rei uxoriæ actione, & §. fuerat. Institut. de Actionibus.* Deinde & hoc singulare est in istis fidejussoribus tutorum, quod non habent beneficium divisionis, aliâs pluribus fidejussoribus competens, ex epistola D. Hadriani, ut notum ex Institutionibus. Nam in pupillo beneficium dividendæ actionis visum est habere injuriam, ut eleganter ait Papinianus *in l. final. digest. Rem pupilli salvam fore.* Sed quæritur, quanta actione isti fidejussores teneantur? Putat Nic. Vigelius *in methodo Iuris Civilis, parte secunda, libr. 5. cap. 18.* dari contra eos quoque actionem tutelæ: in quo certè fal-

litur. Nam actio tutelæ contra neminem dari potest, nisi aut tutor fuerit, aut heres tutoris: atqui fidejussor tutoris, neque tutor est, neque heres tutoris. Verius est igitur, dari potiùs ex stipulatu actionem. Idque expressum est *in l. 5. digest. de fidejussoribus tutorum, & in l. 1. ac l. 4. §. 4. hanc stipulationem. & §§. seqq. digest. Rem pupilli savam fore*: quæ actio eo casu Vtilis est, quando alius pupillo vel infante, vel absente stipulatus est, *l. 4. in princip. digest. dict. tit. & l. 1. §. 16. planè. digest. de magistratibus conveniendis*. Directa enim sive ipso Iure actio ibi dari non potest pupillo, propter regulam Iuris, quæ vult, per extraneam sive liberam personam, id est, Iuri alicujus non subjectam, alteri non posse adquiri obligationem sive actionem. *l. 11. solutum. §. per liberam. digest. de pignorat. action. §. Ex his itaque. vers. & hoc est quod dicitur. Institut. Per quas personas cuique adquiritur. item §. si quis alij. Institut. de verbor. obligat. & l. stipulatio ista. 38. §. alteri. digest. eod. tit.* Sed pupilli favori hoc datum est, ut in locum directæ actionis deficientis, accommodetur ipsi utilis actio: quæ & aliàs propter æquitatem benignitatemque dari solet. Hæc autem ex stipulatu actio, quæ contra fidejussores tutorum competit, hoc habet commune cum actione tutelæ, quod finitâ demum tutelâ competat. *d. l. 1. & d. l. 4. §. 4. ff. Rem pupilli salvam fore.*

Postremò datur etiam pupillo nomine tutelæ actio contra Magistratus municipales, qui aut omninò non curarunt satisdari, aut non idoneè caveri. (Hæc enim duo paria sunt. *l. 6. digest. qui satisdare cogantur. & l. 2. ff. de auctor. tut.*) quæ vocatur *actio subsidiaria* in *l. 1. in princ. & §. non tantum de magistratibus conven. & §. penultim. Institut. de satisdat. tutel.* Quia scilicet in subsidium datur, & ultimum præsidium adfert pupillis, si non possint suum consequi, vel indemnes præstari, neque à tutoribus ipsis, neque à fidejussoribus, neque ab heredibus utrorumque. Quamdiu enim vel unus ex tutoribus idoneus est, non potest ad magistratus perveniri qui dederunt; *l. 1. §. 15. usque adeò. ff. de tutelæ & rationibus distrahendis.* ubi ait Vlpianus, hoc sæpè rescriptum esse: Etenim certus est ordo à Iure præscriptus, secundum quem ordinem & non pro cujusque cupidine oporteat actiones exerceri, ut pulchrè docet Oldendorpius & legibus comprobat *classe 4. action. 37.* Introducta est autem hæc actio per Senatusconsultum, ut est in *lege secunda, ff. de magistratibus conveniendis.* quod auctore D. Trajano factum esse, didicimus ex *lege penultima, Cod. eod. tit.* Sicut autem tutor non præstat pupillo casus fortuitos, & fortunam, ut suprà dictum: ita nec magistratus. *lege prima, §. undecimo, si magistratus & l. 6. digest. de magistratibus conveniendis.* Deinde sicut heres tutoris leviùs obligatur, quam tutor ipse, de quo item supra dictum est ex *l. 4. Cod. de in litem jurando, & ex tit. de heredibus tutor.* ita & heres magistratus, *lege quarta, non similiter. & l. 6. quod ad heredem. digest. de magistratib. conveniendis.* Dixi autem, dari hanc actionem in magistratus *municipales*. Nam majores magistratus, sive urbani sive provinciales sint, qui Ius dandi tutores habent, ut prætores, præsides, & cæteri, hac actione non tenentur. *lege prima, paragrapho primo. de magistratibus conveniendis.* Idque duplici de causa: Primò, ut parcatur ipsorum dignitati. Deinde quia ferè non ex suo arbitrio constituunt tutores, sed relatu magistratuum

tuum municipalium, & ad horum nominationem, quorum fidem sequuntur: ipsi vero satisdationem exigere non coguntur. Quæri potest, ex qua causa detur ista subsidiaria actio, an ex contractu, an ex delicto vel quasi? Et assentior cum Oldendorpio *classe 4. act. 37.* utroq; casu, hoc est sive magistratus satisdationem exegerit, sed minus idoneam, sive nullam exegerit, teneri eos ex quasi delicto: quia in dolo aut certè lata culpa versantur. Et hæc sententia probari quoque potest per *l. 1. §. 7. magistratibus. ff. d. t.* ubi dicitur magistratibus imputari posse, quod munere mandato non paruerint: quibus verbis significatur delictum vel quasi. Et tamen hoc est singulare in ista actione, quod quamvis ex quasi delicto oriatur, non tamen sit pœnalis, sed rei persequutoria: & proinde in heredes quoque magistratus detur: tametsi in hos non semper neque tam duriter, quam in ipsos magistratus, ut & paulò ante dicebam. Plurimum verò interest, utrum magistratus dolo fecerit, quo minùs pupillo caveretur, an culpa duntaxat omiserit satisdationem. Priore namque casu unusquisque in solidum conveniri potest à pupillo hac actione: posteriore vero tantùm pro virili potione singuli tenentur: quæ distinctio traditur à Celso *in l. 7. ff. de magistrat. conven.* Et ratio differentiæ hæc est, quia scilicet ex dolo suo in solidum obligatur, & dolus graviorem pœnam meretur quàm culpa quamvis lata. Habet hoc quoque peculiare ista actio: quòd cùm aliàs actori incumbat probatio, & ei qui dicit non qui negat. *l. 2. & l. 21. verius, cum simil. ff. de probationibus.* hîc tamen probatio exigitur non à pupillo actore; ut is doceat, fidejussores non fuisse solvendo, cum acciperent: h. e. minùs idoneè cautum fuisse; Sed ab ipso magistratu, ut is probet, & solvendo, & idoneos eos tunc fuisse. Ad extremum non dissimulabo hîc de ista actione subsidiaria, illam non solùm in Gallia abiisse in desuetudinem; sed etiam in Germania, vix amplius usurpari: quod testatur *in selectis Disp. suis* Tertullianus, *part. 2. disp. 9. thesi 7. lit. e.*

Sequitur alia concurrens actio, quæ *Suspecti postulatio*, itemque *accusatio* appellatur. Est autem hæc actio quasi publica, quæ omnibus pateat *l. 1. §. 6. consequens ff. de suspect. tut. & cur. & §. consequens. Inst. eod. t.* h. e. actio ista est popularis, quæ cuivis ex populo conceditur, & quæ suum Ius populi tuetur. *l. 1. ff. de popularibus actionibus.* De qua actione observentur sub titulo jam dicto sex ista capita, quæ eleganti œconomia proponit Vlpianus in *l. 1. §. 1. ff. de suspect. tut.* Ita res tota erit facilima. Multum autem refert, utrum quis ob dolum & fraudem remotus sit tanquam suspectus; an verò tantùm ob culpam sive segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem & ineptiam. Priore enim casu famosus quis efficitur: posteriore non item: sed integra æstimatione abit tutelâ. *l. 3. §. ult. cum l. seq. ff. de suspectis tut. l. ult. C. eod. & §. suspectus autem Instit. eodem & l. 2. C. de tutore vel curatore qui satis non dedit.* Disputare autem solent interpretes, an etiam ob latam culpam remotus fiat infamis, de quo alibi dicendi locus est.

Postremò notandum est, præter actiones civiles & ordinarias, de quibus hucusque egimus, esse etiam extra ordinarias coërcitiones, quibus nonnunquam puniuntur tutores, non solum liberti (qui quantò plus debent patronis, eorumque liberis,

beris, ob summum beneficium libertatis; tantò graviore digni sunt animadversione, si officium non fecerint, aut perfidi extiterint, circa tutelas sibi commissas.) non solùm inquam liberti, sed & alii sæpè extraordinariâ animadversione puniuntur, malè versati in tutela: Et memini nostris quoque temporibus tutores aliquando ordine senatorio motos, & pecuniâ mulctatos fuisse, quod ex bonis pupillorum suorum aliqua sibi emissent. Hac de re videatur *l. 4. & l. 10. si liberti. Cod. de administration. tutor. l. 49. ob fœnus. digest. eod. l. 9. in eos. ff. de tutelis. l. 1. §. solent. ff. de officio præfecti urbi, l. 3. §. 15. sed si non latitet. & §. seq. ff. de suspect. tutor. deniq; §. penult. Inst. eod. tit.*

Sunt & aliæ concurrentes actiones, quæ pupillo competunt: ut vindicatio rerum suarum, à tutore inutiliter & contra jus alienatarum: ut petitio rei, quam tutor comparavit sibi ex pecunia pupillari: *l. 3. & ibi glossa plures Leges adduces. Cod. arbitrium tutelæ*: ut pristina actio, v.g. mutui vel alia, de eo, quod tutor debuit patri pupilli: *l. 4. §. debitor. & l. 8. §. nequaquam, cum seqq. ff. de administrat. tut. l. 4. Cod. eod. t. l. 69. tutor. ff. de fidejussoribus, l. 5. de tutelæ & rationibus distrahend.* Datur quoque interdum loco actionis tutelæ, actio Negotiorum gestorum; nempe Vtilis: v. g. si postumo datus tutor administraverit negotia, nec tamen natus fuerit postumus. *l. 19. si nemo. §. ultim. ff. de testamentaria tutela. l. 1. §. si quis. ff. de eo qui pro tutore l. 28. cum pater. ff. de negotiis gestis, l. 24. si postumo. ff. de tut. & rationib. distrahendis.*

Atque hæc de tutoribus quibusnam illi actionibus teneantur pupillis suis, & obiter quas ipsi contra eos habeant. De curatoribus uno verbo admonendum, in hos competere utilem negotiorum gestorum actionem Directam; & ipsis dari utilem negotiorum actionem contrariam *l. 26. cum. quædam. vers. satis enim Codic. de administrat. tutor. & l. 7. quicquid Cod. arbitrium tutelæ*: In utraque lege observandum, quod nomen Actionis Tutelæ, referendum sit ad Tutorem; sed Vtilis negotiorum gestorum, ad Curatorem: quod idcirco moneo, nequis forte putet, etiam pupillo contra tutorem dari utilem actionem negotiorum gestorum, & hanc concurrere cum Tutelæ actione: vel adolescenti quoque contra curatorem Tutelæ actionem perinde dari, sicut Vtilis negotiorum gestorum: quod esset falsissimum. Ratio autem quare in curatorem non detur Directa negotiorum gestorum actio, sed utillis, (qua quidem etiam successores curatoris tenentur *l. 17. Curatoris Codic. de negotiis gestis.*) hæc est: quia neque verba edicti, quo proposita est Negotiorum gestorum actio, neque mens prætoris ad curatorem referri possunt. Loquitur enim edictum illud de iis tantum, qui voluntariè suaque sponte ad negotia aliena accedunt. *l. 3. in princip. digest. de negotiis gestis*, non autem de iis qui ex necessitate, qualis est curator. Nam Cura non minùs quàm Tutela est munus necessarium, quod etiam invito injungitur, *§. 1. Instit. de Curatoribus.* Deinde loquitur Edictum de gerentibus negotia aliena. *d. l. 3. in pr.* Atqui curator cum ex debito officii sui gerat, magis sua curat negotia, (nempe

quod

quod ad administrationem, in qua suo periculo cessaret.) quam alterius, scilicet minoris. Ita rectè Iohannes Oldendorpius *classe* 4. *action.* 25. ac secundùm hæc intelligendus est Vlpianus, cùm *in dict. l.* 3. *paragr. penultimo. de Negotiis gestis* scribit; Non tantùm eum qui spontè, & nulla necessitate cogente, immiscuit se negotiis alienis, sed & eum qui necessitate aliqua urgente, vel suspicione opinionève necessitatis gessit, teneri negotiorum gestorum. Sub hac enim distinctione accipere debemus: ut primò quidem casu detur Directa actio, sed reliquis duobus casibus Vtilis. Sic alibi quoque tametsi simpliciter nominetur *Negotiorum gestorum actio*, tamen subaudienda est *Vtilis*; ut *in l.* 4. *militiæ armatæ. Cod. qui dare tutores vel curatores possunt, & apud Paulum libro primo. sentent. titulo quarto. §. qui cum tutor, ubi Cujacius hoc notat.* Quanquam hæ duæ actiones, Directa & Vtilis, ejusdem sint potestatis, eundemque habeant effectum: ideoque non intersit hodiè, ultrâ quis experiatur, *l.* 47. *Actio negotiorum.* §. 1. *digest. de negotiis gestis.*

Hæc de Tutela & Cura ideò paulò pleniùs tractare volui, quod argumentum illud valdè sit utile ac frequens, ac propemodum quotidianum. Deinceps ad alium quasi contractum pergamus.

CAPVT DVODECIMVM,

DE NEGOTIIS GESTIS.

PRæcessit unus quasi Contractus, *Tutela* scilicet: ubi vidimus, quid regulariter præstari debeat à tutore: & quæ actiones ex tutela, ejusve occasione nascantur. Sequitur *in lege nostra* alia Quasi contractus species videlicet *Negotia gesta*: De hac specie agitur *in Institut.* §. 1. *de oblig. quæ quasi ex contractu nascuntur, & l.* 5. *in princ. ff. de oblig. & act. & t. t. ff. & C. de negotiis gestis.*

Initio autem diligenter separanda est Negotiorum gestio à Mandato: cum quo cognationem habet, & quidem tantam; ut sæpè dubitatum sit à ICtis, an daretur Mandati actio, an Negotiorum gestorum. Discernendus quoq; est Negotiorum gestor à Mandatario sive Procuratore. Differunt enim 1. in eo, quod Mandatum sit verus & proprius contractus: Negotiorum gestio autem est q. contractus sive improprius; ut appellare mavult Dn. Vulteius. Interdum tamen Negotiorum gestio absolutè dicitur contractus, ut bis fit *in una l.* 16. *sed & cum aliquis. ff. de neg. gestis*, & *in hac ipsa l. nostra*: quomodo & tutela contractibus annumeratur à Paulo *in l.* 49. *Ex contractibus. digest. de obligat. & act.* Sed hoc fit abusive, & in

& in latiore significatione vocabuli tractatus, de quo & suprà admonui. 2. Negotiorum gestor proprià voluntate constituitur, & propria etiam voluntate definit, *l.* 20. *Tutori. Cod. de Negotiis gestis*: unde etiam *voluntarius procurator* appellatur, apud Ciceronem & ICtos. Sed Mandatarius sive Procurator proprie & absolutè sic dictus, alterius mandato constituitur. *t. t. ff. Mandati*, & *Institut. tit. de mandato*. Etsi autem ab initio cuilibet liberum est mandatum non suscipere, tamen susceptum consummandum est, §. *Mandatum Institut. d. t.* nec potest qui id suscepit deserere officium promissum. *l.* 27. *si quis.* §. *qui mandatum.* 2. *ff. mandati*, & *l.* 17. *In commodato.* §. 3. *sicut. digest. commodati*: & *facit l.* 5. *sicut. Cod. de obligat. & act.* Ex quo apparet hoc genus procuratorum necessarium esse, non voluntarium, ut & Cuiacius admonuit *in paratitl. Codicis*. Non enim potest Mandatarius quando vult, desinere: sed in Negotiorum gestore propriè voluntas finem administrationis facit, ut ajunt Impp. in *l.* 20. *in princ. C. de negotiis gestis*, Quod tamen intelligendum est cum illo temperamento, quod tradidit Paulus in *d. l.* 17. *ff. commodati*, & idem Paulus in *l.* 21. *Nam & Servius.* §. 2. *si vivo. digest. de negotiis gestis*: Nempe, ne impunè deserat inchoata quę peritura sunt; quia alius attingere noluit, semel ab alio inchoatam: Sed quòd ad alia nova & separata negotia, verissimum est quod *in allegata l.* 20. dicitur. Ea enim attingere & gerere nemo cogitur, etiamsi alia gesserit. Ratio ibidem additur humanissima & æquissima: quia satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur, vel in una specie, inquit Papinianus *in l.* 39. *tutores.* §. 2. *qui negotiis. digest. de administrat. tutor.* quem Impp. *in l.* 20. imitantur, sicut alibi quoque libenter solent Papiniani verba imitari, ut exemplum est insigne *in l.* 17. *salarium. Cod. Mandati*, quæ ferè ad verbum est desumpta ex *l.* 56. *ff. eodem.* 3. Mandatarius obligatur etiam, antequam quicquam gerere cœperit ex negotiis alterius. *l.* 6. §. 1. *ff. mandati*, Sed Negotiorum gestor non ante obligatur quam quid gerere cœperit, Cujacius *in parat.* C. Itaque in Mandato nascitur obligatio ex nudo consensu, sed in Negotiorum gestione non nisi ex re, id est ipsa administratione negotiorum. 4. Differunt etiam genere actionum: Nam ex Mandato nascitur actio Mandati directa & contraria, *t. t. ff. & Cod. Mandati vel contra.* Negotiorum vero gestorum hîc non datur, ut disertè scripsit Vlpianus *in d. l.* 6. §. 1. *ff. Mandati* sed ex Negotiorum gestione competit actio Negotiorum gestorum; Mandati vero cessat. *d. l.* 6. §. 1. *Mandati*, & *l.* 5. *ff. de negot. gestis.* Nisi cum quis proposuisset gerere alterius negotia, accesserit mandatum domini illorum: tunc enim utraque actio datur. *l.* 3. §. *ult. de negot. gestis.* Nec obstat *l.* 16. *si negotium. C. de neg. gestis.* ubi datur & Mandati & Negotiorum gestorum actio inter fratrem & sororem, cuius negotia ille gessit. Respond. dari quidem utramque actionem, sed ex diversis causis, & alio atque alio casu. Mandati enim, eâ mandante vel rogante. Negotiorum verò gestorum, si frater negotium sororis gerens, pro ea solverit, nempe cùm illa nihil ipsi mandasset. Relatio enim diversarum clausularum alicujus legis, aptè & convenienter ad sua membra, non ad aliena facienda est. Posset etiam dici, *in d. l.* 16. contineri similem casum *leg.* 3. §. *ult. ff. eod.* atque ita exceptionem. Interdum tamen fit, ut mandatum quidem interve-

terveneri, & tamen non detur inde actio Mandati, sed Negotiorum gestorum. Exemplum est *in l. 19. Atquin natura. §. 2. si libero homini. ff. de Negotiis gestis*, ubi proponitur bonæ fidei possessor mandasse libero homini bona fide possesso, ut negotia sua gereret: is gessit: & tamen non tenetur Mandati, sed Negotiorum gestorum. Hoc ideò, quia talis non libera voluntate mandatum exequitur (quo casu proculdubio daretur Mandati actio) sed quasi ex necessitate servili. Ignarus enim suæ conditionis, putat se esse servum, & debere domino suo in omnibus obedire. *argument. l. ad ea. 157. infrà h. t. de Regul. Iuris.* Sic etiam fit quando alius quàm dominus mandavit. Nam tunc quoque datur domino non Mandati actio; sed Negotiorum gestorum. Similiter si quis errore ductus putavit sibi mandatum esse, cum non esset mandatum. Quinta differentia est hæc: quod actio Negotiorum gestorum (contraria videlicet) datur etiam in ignorantem & invitum. *l. 2. & l. 39. solvendo. ff. de negot. gest.* etiam in pupillum & furiosum. *l. 3. §. etsi furiosi. & l. 6. in princip. cum l. 21. nam & Servius. §. 1. digest. de negot. gest.* Nam ne pupillus quidem vel furiosus locupletari debet cum alterius damno & jactura: id quod fieret, si nulla actio daretur negotiorum gestori adversus tales, ad repetendas impensas pro ipsis factas. Sed mandati actio non datur in invitum & ignorantem: quia mandatum est contractus qui consensu fit, ut notum ex Instit. Ignorantes autem & inviti non consentiunt, sicut neque errantes. His accedat & sexta differentia. In Mandato venit dolus, & lata & levis, & levissima culpa: sed in Negotiis gestis levissima culpa non venit: de qua controversia paulò latius dicam infrà.

Hic opportunè illud quæritur, an ex ratihabitione, h. e. si quis id quod sine suo mandato gestum est, posteà approbet ac ratum habeat, detur actio Negotiorum gestorum, an vero Mandati. Hac de re sunt Leges in speciem contrariæ. Nam Vlpianus *in l. 60. h. t. nostro* disertè dat Mandati actionem. Contrà Imp. Antoninus *in l. 9. si pecuniam Codic. de negot. gestu. & in l. 3. Cod. de contrahen. & committend. stipulatione*, dat Negotiorum gestorum actionem: sicut etiam Iulianus *in l. 6. §. 9. item quæritur. ff. de Negot. gestis.* Multa turbant interpretes, ut hanc antinomiam concilient, & Glossa ipsa valdè se hîc torquet, quatuor adferens solutiones diversas. Cuiacius putat utramque actionem competere, tàm Mandati, quàm Negotiorum gestorum, ita ut in arbitrio sit domini negotiorum, utrâ malit experiri. *argument. l. 5. de eadem re. ff. de exceptione rei judicatæ.* Mihi videtur simplicissima & verissima explicatio, quam à Domino Giphanio didici *in commentar. Codicis ad d. l. 3. Cod. de contrahen. & committen. stipulat.* nempe ut distinguamus inter ratihabitionem præsentis & absentis: & ex ratihabitione præsentis demus actionem Mandati: sed ex ratihabitione absentis demus actionem Negotiorum gestorum: quæ distinctio confirmatur per *ipsam leg. 3. in verbis: in personam ejus absentis. &c.* Et ratio differentiæ inter absentem & præsentem hæc est, quia in eo qui præsens ratum habet, potest locum habere illa fictio, quasi videatur mandasse: qui verò absens ratum habet, in eo talis fictio non valet, qua mandatum tacitum intervenisse possimus interpretari aut intelligere, *argument.*

l. 22. si mandavero. §. 10. *si curator. digest. Mandati.* Vbi contra curatorem bonorum, qui vendidit nec solvit creditoribus, datur actio Mandati præsentibus: Sed Negotiorum gestorum, absentibus. Similiter ex fidejussione pro absentibus datur actio Negotiorum gestorum: ex ea verò quæ pro præsente & patiente interposita est, Mandati actio competit. *l. 6.* §. 2. *si passus sum. & l. 18. qui patitur. & l. 20. ex mandato.* §. 1. *ut l. 53. qui fide alterius. digest. Mandati.* Et universè, magnam in toto Iure differentiam constituit absentia & præsentia: ut præclare demonstrat Giphanius *dict. loco.* Et hæc hactenus de differentiis Negotiorum gestionis & Mandati.

Porrò differunt etiam Negotia gesta à Tutela (cum qua hoc habent commune, quod utrobique negotia alterius administrantur: utrobique etiam obligatio quasi ex contractu oritur) in his potissimum. 1. Negotiorum gestio est voluntaria sive spontanea: sed Tutela est necessaria. 2. Negotiorum gestio plerunque est singularis, rarissimè verò universorum bonorum: Tutela est universalis: Nam tutor datus ad universum patrimonium datus esse creditur: ut ait Imperator *in* §. *datus. Institution. de excusation. tutorum.* Vnde fit, ut Tutelæ judicium sit universale, sed Negotiorum gestorum singulare. 3. Ex Negotiis gestis contrahitur obligatio inter dominum rei, & negotiorum gestorem: Ex Tutela verò inter tutorem & pupillum. 4. denique differunt genere actionum: Ex Negotiorum gestione, oritur actio Negotiorum gestorum, ex Tutela actio Tutelæ; & aliæ concurrentes, de quibus diligenter exposui, *suprà capite præcedente.* Placet autem quod elegater scribit Cujacius *in parat. Cod. de negotiis gestis.* ex alienorum negotiorum gestione, oriri hanc pleiadem actionum, id est, hunc septenarium. 1. Mandati: 2. Tutelæ: 3. Protutelæ: 4. Funerariam: 5. De in rem verso: 6. Actionem in factum ex edicto de rebus auctoritate judicis possidendis. 7. Negotiorum gestorum, vel simpliciter Actionem negotiorum. Deinde & alias actiones omnes quæ sunt ex contractu vel quasi, dici esse ex negotio gesto: veruntamem hanc solam de qua agimus sibi vindicasse nomen generis, ut quasi κατ' ἐξοχὴν, appellatur Negotiorum gestorum actio.

His præmunitis, nunc videamus quid præstandum sit in negotiorum gestione REGULA hæc est: *Negotiorum gestio ex natura hujus quasi contractus recipit dolum & culpam:* ut *hîc lex nostra, id est: Negotiorum gestor obligatur ei cujus sunt negotia, ad præstandum dolum, & latam culpam, ac levem: non etiam ad levissimam: & multò minùs ad casus fortuitos.* Probatur hæc regula præter fundamentum legis nostræ, & per *l. 11. si negotia. digest. de negot. gestis,* ubi scribit Pomponius, si negotia absentis & ignorantis geras, & culpam & dolum præstare debes. Sæpè verò jam admonui, *culpam* simpliciter positam, denotare culpam levem: & sub doli appellatione comprehendi in contractibus, & quasi, etiam latam culpam. Probatur deinde eadem regula per rescriptum Impp. *in l. 20. tutori. Cod. de negotiis gestis* ubi ajunt, super his quæ ultrò quis administravit, necesse eum habere, non tantùm dolum & latam culpam, sed & levem præstare. Quidam

dam etiam ducunt argumentum ex *l. 25. hæredes. §. non tantum dolum. 26. digest. famil. hercisc.* Sed hoc infirmum & alienum est, cùm ibi non agatur de negotiis gestis, sed de communi hæreditate: imò negatur cohæredibus actio negotiorum gestorum; cùm sufficiat ipsis actio familiæ hercìscundæ: de qua infrà dicetur, quòd cohæres ibi similiter præstare debeat dolum & culpam. Contenti igitur simus duabus illis legibus quibus nihil clarius dici potest pro sententia nostra, dubias autem & obscuras probationes missas faciamus. Melius & firmius argumenmentum sumere licebit ex *l. 7. quicquid. Cod. arbitrium tutelæ*, ubi in judicium utile negotiorum gestorum, quod datur contra curatorem (ut *suprà capit. præcedent. diximus*) ajunt Imperatores venire quicquid dolo vel lata culpa vel levi factum sit. Si ergo ista veniunt præstanda in actione Vtili negotiorum gestorum, utique multò magis etiam in Directa, atque ita in qualibet ejus specie: Videbatur dicendum, satis esse si Negotiorum gestor tantùm præstaret dolum, exemplo videlicet depositarii: quia sicut in contractu depositi, sic etiam in hoc quasi contractu negotiorum gestorum, nulla vertitur utilitas negotium gerentis alienum; sed totum redundat ad utilitatem domini cujus sunt negotia. Iam verò in ejusmodi contractibus dolus præstatur solus, ut est *in l. 5. §. 2. nunc videndum. ff. commodati*, ut latius suprà exposui. Sed dicendi ratio in contrarium, ut, inquam, præter dolum etiam levem culpam recipiat Negotiorum gestio, hæc est: quia si non præstaretur levis culpa à negotiorum gestore, tunc futurum esset, ut magnis damnis sæpe afficeretur res familiaris absentium atque ignorantium, per aliorum temerariam audaciam, qui ipsorum rebus se immiscuissent. Neque par est ratio Depositi, & Negotiorum gestionis. In illo enim depositarius eligitur à deponente, qui fidem ipsius sequitur: sed hîc negotiorum gestor non eligitur à domino cujus sunt negotia, sed ipse ultrò se offert, ad eaque administranda accedit. Proinde de se conqueri debet is qui deposuit, si diligentiorem non quæsierit vel elegerit, cui depositum suum committeret; de domino autem negotiorum absente, non potest idem dici; utpote ignorante à quo negotia gerantur. Nam ignorans non consentit neque contrahit, ut est *in l. 5. in princ. digest. de obligat. & actio.* non est igitur mirum, si in Deposito non eadem culpa præstetur, quæ in Negotiorum gestione; sed in hac aliquid amplius, quam in illo. Quamvis alioquin quo ad utilitatem, quæ ad dominum negotii, & ad deponentem, ex his contractibus redundat, nihil differant. Illud non est omittendum: quòd etiam depositarius, si se obtulerit ad recipiendum depositum, non rogatus esset; teneatur in plus, quàm ex naturâ contractus regulariter teneretur, ut suprà dixi *sub cap. de deposito, inter exceptiones.*

Exempla doli & culpæ quæ negotiorum gestor præstare cogitur facilia sunt, & ab unoquoque in lectione Pandectarum observari possunt.

Sed ei quod diximus, *Negotiorum gestorem non teneri ad levissimam culpam præstandam*; nonnulla videntur obstare: & quidem adeò fortiter; ut etiam quosdam eximiæ auctoritatis viros in illam adduxerint sententiam, quâ contrarium

tenetur; videlicet in hoc judicium negotiorum gestorum venire etiam levissimam culpam: inter quos est Ant. Contius *ad hanc legem*, & Dn. Herm. Vulteius, *in disceptat. scholast. cap. 15.* Erit igitur operæ pretium singula examinare, quantum habeant momenti.

Prima igitur objectio sumitur ex comparatione Mandati, cum similima est negotiorum gestio; ut suprà quoque dixi. Cum igitur mandatarius præstet etiam levissimam culpam, ut suprà demonstravi *sub cap. de Mandato, ex l. in re mandata. 21. Cod. Mandati*, quid ni eodem jure utamur etiam in Negotiorum gestore? ut scil. is quoque levissimam culpam præstet. Nam ubi eadem est ratio, ibi idem jus statui debet, *l. illud. digest. ad L. Aquiliam.* Sed hoc notandum est Non per omnia similem esse Negotiorum gestionem Mandato, vel Mandatarium per omnia æquiparari Negotiorum gestori; imo differunt. 1. in eo, quia Negotiorum gestor ultrò & ex puro affectu impulsus accedit ad negotia absentis, unde in ipso summa præsumitur benevolentia, & maxima propensio ac prothymia, ut Plauti utar vocabulo, ad procuranda absentis commoda: cui consequens est, ut amicus absens contentus esse debeat, si levem culpam præstet. Sed Mandatarius non tanta videtur præditus esse benevolentia aut munificentia: cùm non nisi jussus vel precibus adductus aliena suscipiat negotia; quæ alias fortasse nunquam attigisset: Quamobrem arctiùs hunc quàm illum obligari voluerunt legum conditores. Deindè in eo est differentia: quia cùm tibi mandarem, ut negotia mea gereres, te recusante ad alium ire potuissem cui rerum mearum procurcuratorem commendassem, nec propterea deserta jacuissent negotia mea, etiamsi tu non recepisses illorum administrationem: Sed absentis & ignorantis negotia periissent, si tu ea non suscepisses. Quare non debeo nimiùm te gravare, & ad levissimam quoque culpam præstandam adigere: sed contentus esse, si mihi præstes dolum, & latam ac levem culpam. Si verò negotiorum gestores scirent sibi levissimam quoque culpam præstandam esse: nemo facile aliena absentium negotia attingere auderet: videlicet metuens illud periculum tàm arctæ obligationis ad culpam etiam levissimam: quæ res absentium utilitatibus maximopere adversaretur: atqe ita in favorem ipsorum inductum, in odium eorundem converteretur contra *l. quod favore. C. de Legibus.*

Objicitur secundò auctoritas Iustiniani *in §. 1. vers. sicut autem Institution. de obligationibus quæ quasi ex contractu.* ubi qui negotia gessit aliena, compellitur rationem reddere ad exactissimam diligentiam: & additur, non sufficere eum talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Quibus verbis certè manifestum est, singulari ex opposito, levissimam culpam præstandam esse à negotiorum gestore. Et putant doctissimi viri, quod alibi ut in *l. 11. digestis de negotiis gestis*, & in *l. 20. Codic. eodem tit.* omissum est, de levissima culpa; hoc ex loco isto Institutionum supplendum esse. Etsi autem non inviti fatemur, sæpe in una lege omissum, ex alia esse addendum: tamen hoc loco id non admittimus, sed potiùs respondemus, antecedentia cum conse-

quen-

quentibus conjungenda, neque particulam aliquam ex contextu excerpendam omissis cæteris: quod incivile esse pronunciat Celsus *in l. 24. ff. de Legibus.* & eleganter in eandem sententiam disserit Apulejus *in apologia pro se ipso.* Iam verò sequitur mox *in eod. §. 1. Institut. d. t. modò alius, diligentior eo, commodius administraturus esset negotia.* Ex qua limitatione satis intelligimus hanc esse exceptionem: neque eo loco tradi regulam. Alioquin antinomiam inducemus inexplicabilem inter Leges suprà nominatas, & illum §um Institutionum. Nullo autem modo, quod pace Antonii Contii dixerim, addendum est legibus illis ex loco Institutionum, venire quoque exactissimam diligentiam regulariter: h.e. levissimam quoqe culpam semper esse præstandam. Consentit nobiscum etiam Antonius Delrio *ad hanc legem, cap. 14. sub titulo Analogicæ interpretationis quam vocant.*

Tertiò objicitur, quod ab eo qui negotia administrat exigimus, ut sit vir diligens, ut est *in l. 6. §. fin. ff. de Negot. gestis.* Sed is à quo diligentia exigitur, debet etiam levissimam culpam præstare, ut ab omnibus traditur Interpretibus *ad hanc legem nostram, in verbis: in his quidam & diligentiam.* Respondeo 1. Diligentiæ distinctos esse gradus. Alia enim est ad communem hominum modum: alia est, quantam quisque suis rebus adhibet, alia denique est diligentissimi patrisfamiliâs, sive exacta & exactissima. Neque verum est omnes, quibus exigimus, ut sint diligentes quoquo modo, statim etiam præstare levissimam culpam. 2. Quod si cui hæc solutio minus arridet, possumus etiam interpretari illum *§. fin. dict. l. 6.* de casu excepto, nempe cum quis negotia aliqua gessit; aliqua non attigit, quæ alius vir diligens gessisset, vel quæ alius noluit suscipere contemplatione illorum quæ alius occupavit. Quomodo illum paragraphum etiam ab Antonio Delrio accipi postea vidi.

Quartò opponitur autoritas Imperatoris Philippi *in l. 24. si mater. C. de usur.* ubi dicitur matrem quæ negotia filiæ suæ gesserit omnem diligentiam præstare debere. Neque hoc ibi de matre idcirco dicitur, quasi non idem esset in aliis negotiorum gestoribus, & speciale in matre: sed ideò, quia talis facti species Imperatori erat proposita, ad quam proinde rescripsit: idem de quavis alia persona quæ negotia aliena administrasset, rescripturus, si de alia fuisset consultus. Si ergo quivis negotiorum gestor omnem diligentiam præstare debet, utique etiam exactissimam: quia qui omne dicit, nihil excludit: si exactissimam diligentiam præstat, Ergò etiam ad levissimam culpam obligatur. Respond. Cùm verba sint accipienda secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur: & verò cùm natura negotiorum gestionis ea sit, ut regulariter in ea nihil præstetur ultra levem culpam: etiam illa verba, *omnem diligetiam* non aliter accipi debere, quàm de illa omni diligentia, quam recipit sive admittit hujus quasi contractus natura, & conditio: illa autem non recipit nisi communem quandam, & mediocrem diligentiam, quæ levi culpæ opponitur, non levissimę. Quæ cùm ita sint; nihil necesse est ut fugiamus ad aliam quoq; solutionem & explicationem, qua nonnullos uti video: nempe ideò matrem fortasse *in d. l. 24.* teneri etiam de levissima culpa secundùm *§. primum institutionum*, quia diligentiores alii cum matre con-

currerint; qui geſſiſſent, niſi mater ipſis prævenïſſet ac prælata fuiſſet. Hæc enim mera divinatio. Illud potiùs *in dicta lege* 24. animadverſione dignum puto Ab Imperatore ibi non reddi veram & propriam atque adæquatam rationem, quare mater, quæ negotia filiæ ſuæ geſſit, compellatur præſtare uſuras. Nam uſurarum præſtatio non pendet ex eo, quòd hæc vel illa diligentia, hæc vel illa culpæ ſpecies, in tali contractu præſtanda ſit: ſed potius ex eo, quòd negotium, de quo agitur, ſit bonæ fidei, & quòd mora ſit commiſſa: quæ ratio veriùs redditur ab Alexandro Imperatore *in lege tertia, In bonæ fidei. Cod. eodem titulo.* ſc. *de uſur.* & in *l. mora.* 32. §. *In bonæ fidei. digeſt. de uſuris.* & in *l.* 37. *Et in contraria. eodem titulo, de uſur.*

Quinta objectio ſumitur ex *lege undecima, ſi negotia, verſicul. ſed Proculus, ff. de negotiis geſtis.* ſic videlicet argumentando: Pomponius ibi mentioni culpæ ſtatim ſubjicit quæſtionem de caſu fortuito præſtando. Ergo voluit ſub appellatione culpæ intelligi non modò levem, ſed & leviſſimam culpam. Probatur conſequentia: quia alioquin fieret ſaltus à culpa levi ad caſum fortuitum; omiſſa intermedia culpa leviſſima: quod eſſet abſurdum. Reſpond. Nihil neceſſe eſſe, ut qui mentioni culpæ ſtatim ſubjicit caſum, etiam de leviſſima culpa in præcedentibus egerit. Neque abſurdus eſt ille tranſitus, qui fit immediatè à culpa levi ad caſum fortuitum: id quod in multis legibus fieri manifeſtum eſt. Neque enim qui de caſu fortuito quærit, idem etiam neceſſariò de omnibus culpæ ſpeciebus eodem loco quærere debuit.

Sextò & ultimò affertur etiam §. *penult. Qui pro uſu. Inſt. de Locat. & Conduct.* Qui tamen quid ad rem faciat, equidem non video: cùm nihil ibi agatur de Negotiorum geſtione, ſed tantùm de Locatione & Conductione. Hæc de leviſſima culpa ſufficiant.

De *caſu fortuito, quod is à Negotiorum geſtore regulariter non præſtetur,* ſatis probatur, tùm ex generali regula tradita in *lege ſexta Cod. de pignoratitia action.* quæ fortuitis caſibus accidunt, in nullo bonæ fidei judicio præſtantur. Iam verò certum eſt, Negotiorum geſtorum eſſe bonæ fidei. *paragraph. Actionum. Inſtitut. de Actionibus. l.*13. *In bonæ fidei. Cod. de uſuris. & l.*37. *& in contraria. digeſt. eodem titulo de uſuris. & hic in lege noſtra. verſic. animalium verò caſus:* tùm in ſpecie idem probatur *per l.* 22. *Negotium. Codic. de negotiis geſtis.* item per *l.* 22. *ſive hereditaria. ff. eod.* Quæ cùm ita ſit, non obſtantibus ſuperioribus objectionibus, firmiter inhærentes regulæ, ſtatuamus negotiorum geſtorem ex natura hujus quaſi contractus, & regulariter ultra dolum & latam ac levem culpam, nihil præſtare compellendum.

Sed ab hac regula quædam ſunt EXCEPTIONES. Nam aliquando tantùm dolus præſtatur à negotiorum geſtore: aliquando etiam leviſſima culpa: denique aliquando quoque caſus fortuitus: ut ex ſequentibus mox patebit. Sit ergò hæc prima exceptio: Si quis affectione coactus erga abſentem, negotiis ejus ſe obtulerit, ad impediendam immiſſionem in poſſeſſionem bonorum ejus, vel etiam diſtra-

ctionem

ctionem illorum: cùm in eo res esset, ut vel immissio adversus eum decerneretur, vel ut bona venderentur ex edicto. *l.3. §. Interdum.9. ff. de negotiis gestis*, ubi ait Vlpianus hanc Labeonis sententiam habere æquitatem. Est autem illa æquitas in eo evidenter posita, quod talis negotiorum gestor, singulari affectione & pietate atque commiseratione ductus, sovendo absentis creditori, avertit à rebus absentis summum quod ei imminebat periculum: de quo etiam videri potest *l.37. ff. de usuris*. Quocirca satis visum est, si præstet dolum duntaxat: nec debet quicquam prætereà ab eo exigere dominus negotiorum: qui potiùs magnam ei gratiam pro illa singulari affectione ut habeat, æquum est. Nam si absque illo fuisset, pati debuisset immissionem in possessionem bonorum suorum & horum distractionem: atque ita ferè omnibus suis fortunis eversus fuisset: non sine aliqua ignominia, quæ bonorum venditionem comitari solet, ut notum est etiam ex Cicerone *in Oratione pro Quinctio*. Sub dolo autem hîc quoque culpam latam intelligimus, ut semper in contractibus.

Secunda exceptio est de levissima culpa: hanc videlicet tunc præstandam esse à negotiorum gestore, quando alius eo diligentior commodius administrasset res absentis. *paragraph. primo Institution. de obligation. quæ quasi ex contract. nascuntur. & l. 6. §. fin. digest. de negotiis gestis*. Ratio hujus exceptionis est, quia si contrarium diceremus; hunc scil. de levissima culpa non teneri: tunc iniqua conditio inferretur absenti per talem gestorem, qui hoc ipso, dum alios diligentiores exclusit, qui cum ipso concurrebant, sese obstrinxit ad majorem diligentiam, illâ, quam regulariter præstitisset.

Tertia exceptio videtur sumi posse ex *l. 6. §.3. sed & si quis. digest. de negotiis gestis*. ubi dicitur magis teneri actione negotiorum gestorum, qui non contemplatione domini negotiorum, & ad ipsius utilitatem, sed sui lucri studio & deprædandi causâ improbè accessit ad negotia alterius. Si magis tenetur quàm vulgaris aliquis negotiorum gestor: Ergò præstat aliquid ultra levem culpam; id est, etiam levissimam: credo etiam casum fortuitum. Ad hæc, inquam, ipse obligatur domino negotiorum: sed illum vicissim sibi non habet obligatum, nec potest agere ad recuperandum id, quod impensarum nomine abest: sed tantùm habet repetitionem ejus, quatenus locupletior inde factus est dominus. Ad quod quidem non tàm actio negotiorum gestorum contraria ipsi dabitur: quam condictio sine causa vel similis aliqua: idque ideò, ne locupletetur etiam dominus cum jactura gestoris, quantumlibet improbi & prædatoris.

Quarta exceptio est de casu fortuito: hunc scilicet præstari deberi à negotiorum gestore, si pacto speciali promiserit: se hunc præstiturum *lege vicesima secunda, negotium. Codic. de negotiis gestis, à contrario ejus legis sensu*. Ratio exceptionis est posita in vi pacti, quod legem dedit contractui, eumque sic transformavit à communi & regulari sua natura: Deinde qui pactum eiusmodi fecit quo etiam ad casum fortuitum se obstringeret, is suæ facilitati hoc imputare debet.

Quinta

Quinta exceptio item agit de casu fortuito: nempe si culpa vel mora præcesserit causam fortuitum, etiam hunc à negotiorum gestore præstandum esse. *l.22. sive hereditaria, vers. sed ita. digest. de negot. gest.* à contrario sensu legis; nimirum, si ruina vel incendium sine vitio negotiorum gestoris acciderit, non tenetur negotiorum gestor. Ergò, si ex vitio ipsius extiterit incendium vel ruina, quâ res, quas gerebat consumptæ sint, condemnabitur negotiorum gestor. Huc refero etiam *l. 11. si negotia. ff. de negot. gest.* ubi si quis novum & insolitum aliquod negotium nomine absentis gerat, quod ille facere solitus non erat: quicquid inde secutum fuerit damni, sequitur gestorem ipsum, non verò dominum negotii. Exempla ibidem afferuntur duo: 1. Negotiorum gestor coëmit novitios aliquos venales servos, cùm dominus absens nihil tale unquam solitus sit facere. 2. Aliquam novam negotiationem præter consuetudinem absentis iniit; damnum inde emergens ad ipsum redundabit gestorem. Cur ita? quia hîc quoque culpa præcedit illum casum sive damnum, idque meritò gestori imputatur. Debuit enim ab insolitis eiusmodi negotiis abstinere. Antonius Delrio hanc legem refert ad illas exceptiones, quibus negotiorum gestor levissimam culpam præstat. *c. 14. ad hanc legem, sub tit. pragmatica interpretation.* Sed rectiùs puto eam referri ad casus fortuitos, qui oriuntur ex præcedente culpa: Hoc tamen interim non nego, qui de casibus fortuitis tenetur, eundem etiam teneri de levissima culpa, & de damno inde emergente.

Est & Sexta exceptio, etiam ad casum fortuitum pertinens: nempe, si quis negotia pupilli gesserit. Nam pupillus nisi locupletior inde factus sit, non tenetur negotiorum gestorum contraria actione, quamvis gestor ipsi teneatur actione Directa *l. 6. si pupilli. in princ. & l. 37. litis contestatæ. ff. de negotiis gestis.* Videatur & Oldendorpius *class. 4. act. 25. in princ. practica illius actionis, propositione 3. vers. casus fortuitus.*

Dixi de Regula & de Exceptionibus eius: nunc reliquum est, ut de ACTIONIBUS ex negotiorum gestione nascentibus cognoscamus. Cùm autem ex hoc quasi contractu alter alteri obligetur, tàm scil. dominus negotiorum, ei qui gessit, quam gestor domino; actiones etiam ultrò citroque inter ipsos dantur. *l. 2. ff. de negotiis gestis. §. 1. Institut. de obligat. quæ quasi ex contractu. & l. 5. in pr. ff. de oblig. & actionib.*

Prima igitur est, Directa negotiorum gestorum actio: quæ competit domino, cujus negotia absentis sine ipsius mandato gesta sunt, adversus eum, qui gessit. Et quidem principaliter ad hoc, ut rationes actus sui sive adminstrationis & gestionis reddat: & ut restituat, si quid fortè ex rebus alterius penes se habet. Altera est, actio negotiorum gestorum contraria: quæ datur negotiorum gestori contra dominum ad repetendum, quicquid in rem eius utiliter impenderit, (unde etiam *Actio sumptuum*, à potiore videlicet denominata, dicitur in *l. 20. sed an ultrò. in princip. ff. de negot. gest.*) & ad consequendum omne id, quod hoc nomine abest, vel abfuturum est, negotiorum gestori: item si quam obligationem in se suscepit occasione gestionis, ut ea liberetur, & in summa, ut præstetur indemnis. *d. l. 2. & l.*

que

quæ utiliter. 45. in princ. digest. de negot. gestis. Dixi; *quicquid utiliter impenderit*; Multò igitur magis datur hæc actio negotiorum gestorum ad illa recuperanda, quæ necessariò impenderit; id est, ad eas impensas, quæ si non fuissent factæ, res non potuisset esse salva, sed peritura fuisset. Non autem datur ista actio ad illos sumptus, quos quis voluptatis causa fecit, nulla urgente necessitate, nulla etiam propositâ spe utilitatis. *l. 27. Ex duobus fratribus. in fin. princ. digest. de negotiis gestis.* Hîc obiter notandum est, in jure nostro tria esse genera impensarum: Sunt enim *necessariæ*: sunt *utiles*: sunt *voluptuariæ*. *Necessariæ impensæ* sunt, quæ in se habent necessitatem impendendi, id est, quibus non factis res imminueretur vel deperiret, sive quæ ad ipsam rem conservandam pertinent, ut si quis insulam aliàs ruituram fulciat, &c. *Utiles impensæ* sunt, quibus res fit melior & fructuosior; tametsi etiam sine illis salva esse potuisset: ut si quis prædiis imponat pecora, atque inde stercorando, faciat pinguiora, item si instituat novelletum, id est, seminarium novarum arborum: item si quis domui adjecerit pistrinum vel tabernam, item si servos curaverit bonis artibus instituendos, &c. Denique *voluptuariæ* sunt, quæ voluptatis tantùm vel rei exornandæ causa fiunt, cum neque ad conservationem neque ad meliorationem illius pertineant; v. g. Structuræ balneorum sive balnearum in prædio, item picturæ domus, item prætoria, Lusthäuser/ &c. De hac distinctione impensarum, cujus utilitas latissimè patet, ac per plurimos Iuris articulos se diffundit, videatur *l. 1. cum multis seqq. & ferè tot. tit. ff. de Impens. in res dotales factis.*

Sæpe autem ad hoc, ut detur negotiorum gestorum actio contraria, requiritur in Legibus, ut negotium utiliter sit gestum: unde ex contrario intelligimus, si non sit utiliter gestum, non dari hanc actionem. Quod tamen sanè accipiendum est: nimirum ita, ut sufficiat utiliter esse cœptum & gestum; quamvis eventum sive effectum non habuerit negotium: imò etiam si diversus fuerit exitus, hoc est, adversus & perniciosus. *leg. decima, sed an ultrò. §. 1. & lege duodecima, successori. §. final. leg. vicesima secunda, & leg. 45. quæ utiliter. digest. de negotiis gestis.* Nam casum adversum, qui sine sua culpa contigerit, non debet negotiorum gestor præstare, ut suprà probavimus aliquot legibus, quibus addenda est *l. fidejussor. 32. in fin. princip. digest. de negotiis gestis.* Sed quæret quispiam: Quomodo æstimabimus utilitatem negotii, ut scire possimus, dandáne sit an deneganda actio? posset enim cavillosus & ingratus dominus negotii, tergiversari perpetuò & causari vel prætendere, non esse utiliter gestum negotium: idque ideò, ne cogatur reddere impensas. Respondeo cum Oldendorpio *classe 4. act. 25. in pract. actoris. num. 2. versicul. sed quomodo probanda, &c.* Non oportere sequi pravos effectus partium: sed utilitatem colligi, ex eo, quod in commune solet prodesse, in simili negotio: adeò ut non sit audiendus dominus diversum dicens, nempe sibi perniciosam fuisse illius negotii gestionem, nisi probet. Quò in argumentum allegari posse puto, *l. 63. pretia rerum. ff. de L. Falcid.* junctâ *l. 33. si servum. digest. ad L. Aquil.* Porrò quæret quispiam, Quid si quis plus quàm oportet in negotia aliena impenderit? Respondet Paulus *in leg. 25. si quis negotia. ff. de negotiis gestis.*

Hunc recuperaturum id tantum, quod præstari sive impendi debuerit. Puto autem hoc arbitrio judicis relinquendum esse, ut definiat.

Cùm autem negotiorum gestorum actio sit bonæ fidei: manifestum est, in utramque actionem tàm Directam, scil. quàm Contrariam, venire etiam usuras. De Directa actione, quod in illam veniant usuræ, est *l. 20. tutorum. in verb. cum usuris compelletur reddere. Cod. de negot. gest.* Item *l. 31. liberto. §. 3. qui aliena in verbo. meritò usuras bonæ fidei judicio præstiturum. ff. de negotiis gestis.* Item *l. 24. si mater. C. de usuris.* De utraque conjunctim est *l. 19. Atqui natura. §. penult. non tantum sortem. ff. de negot. gest.*

Sed de Contraria negotiorum gestorum actione hîc observandum est, aliquando eam dari ad repetendos sumptus: ut Primò; Si quis donandi animo fecerit sumptus vel solverit vel fidejusserit pro alio. *l. 4. ff. de negot. gest. l. 12. si filius C. eod. tit.* Ratio est, quia cuius per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati est donatio; ut est in alia Iuris regula: Item, quia nemo potest consilium suum mutare in alterius detrimentum, & quod semel donavit, retractare. Secundò: Si quis pietatis jure ac respectu, sive pietatis munere functus, sive affectione ductus, de suo quid præstiterit vel impenderit pro altero; puta, in ipsius alimenta; cum esset pater, mater, vitricus, maritus libertus, &c. Exempla sunt *in l. 27. ex duobus fratribus. §. fin. & in l. 34. Nesennius. digest. de negotiis gestis.* & facit huc in argumentum *l. 50. quæ pater. ff. familiæ herciscundæ.* De quibus legibus videri potest quoque Hartmann Pistoris *lib. 1. quæst. juris capit. 15. quæst. 15.* (*Item l. 5. Officio. & l. 11. Alimenta. l. 13. Quod in uxorem. & l. 15. si paterno affectu. Cod. de negotiis gestis.* Quales autem hîc colligantur conjecturæ affectionis, pietatis, & necessitudinis, ex quibus præsumenda sit donatio, pulchrè docet Oldendorpius *dicta classe quarta. act. 25. in secunda defensione rei conventi*: ubi etiam agit de vi protestationis ab eo interpositæ, qui habet animum non donandi sumptus, sed repetendi, ex *dicta lege Nesennius. ff. de negot. gest.* Tertiò: Negotiorum gestorum contrariam actionem ad sumptus recuperandos non habet is, qui impendit pro altero post ejus denunciationem sive testationem & Conrradictionem ad prohibitionem specialem, ne res ipsius administraret. *l. fin. Cod. de negot. gest.* Vbi etiam videatur Cujacius *in parat. Codicis.*

Quartò: Cessat denique Contraria negotiorum gestorum actio in illo, qui improbè & deprædandi studio ad negotia alterius accessit: nisi locupletior factus sit dominus. *lege sexta, paragraph. sed & si quis. versicul. ipse tamen. digest. de negotiis gestis.* Vbi diligenter notandus est casus, quo Negotiorum gestorum actio non datur ultrò citroque: & est hæc exceptio adjungenda regulæ traditæ *in lege secunda eodem titulo & in paragrapho primo, Institut. de obligationibus, quæ quasi ex contr.*

Videndum restat de CONCURRENTIBUS ACTIONIBUS sive de REMEDIIS AFFINIBUS. Primùm igitur concurrit cum Negotiorum gestorum judicio & Mandati actio. Exemplum est in *l. 3. §. fin. digest. de negot. gest.* Proposueram

ram ego ultrò accedere ad negotia Titij administranda, quamvis nemine mihi mandante, ut illa gererem. (Mandatum hoc valet: potest enim etiam aliena tantùm gratia fieri mandatum, ut est in *l. 2. §. aliena tantùm. digest. mandati. & §.1.Inst. de mandat.* ubi hoc ipsum affertur exemplum, veluti, si mandem, ut Titii negotia gereres,) hoc casu quæritur: quænam detur actio? Mandatine an Negotiorum gestorum: videbatur sufficere Negotiorum gestorum, quia inspecto initio propositum mihi fuerat Titij negotium gerere mea sponte: quare non videtur attendendum mandatum, quod quasi ex supervacuo à te advenit, vel interpositum est. Veruntamen, quia tutius est plura habere remedia ad jus suum consequendum (ut meliùs duo defendunt retinacula navem; secundum Ovidium,) respondet Marcellus, utramque actionem habere locum, id est, agi posse & Negotiorum gestorum adversus dominum, cujus negotia fuerunt: & Mandati quoque contraria, adversus eum qui mandavit. Additur ibidem etiam alterum exemplum de illo Negotiorum gestore, qui fidejussorem pro obligatione absentis accepit. Nam is quoque duplicem habet actionem videlicet Negotiorum gestorum, contrà dominum absentem: & Mandati contra fidejussorem. Similis concursus actionum Mandati & Negotiorum gestorum *in l. 14. si mandatum. C. de. negot. gestis.* ubi Mutianus Rufus gesserat negotia mariti simul & uxoris ejus: mariti quidem, secutus mandatum ipsius; uxoris verò, sine mandato uxoris, quamvis maritus fortè suo mandato & propria & uxoris suæ negotia fuisset complexus. Quærebatur: quænam actiones ex tali gestione nascerentur? Respondet Alexander; Mulieri quidem & gestori invicem competere actionem negotiorum gestorum: mulieri scil. Directam; gestori verò Contrariam, si quid fortè supererogaverit, i. e. si quos sumptus fecerit.

Ad hunc concursum istarum duarum actiónum referri quoque debet *l. 21. Nam & Servius. §. fin. ff. de negotiis gestis.* ubi Lucius Titius negotia mea te mandante, & quidem non rectè gessit, ut sua negligentia mihi aliquid damni daret. Habes actionem Mandati: Ego autem contra te habeo Negotiorum gestorum actionem; non in hoc tantùm ut cedas mihi actionem, quam habes contra Lucium Titium: sed etiam ut præstes mihi quicquid accepi detrimenti illius mandatarii tui Lucii Titij negligentiâ in negotiis meis. Dicet aliquis: hoc iniquum esse, ut de alterius negligentia alius teneatur, eamque præstet. Huic objectioni occurrit Paulus ibidem, in verbis; *quòd imprudenter eum elegeris.* Non tàm igitur ipse mandator ex aliena negligentia obligatur, quàm ex propria imprudentia: & videtur ipse damnum dedisse, quod dedit is, quem imprudenter elegerat: quia quòd quis per alium facit, ipse fecisse videtur. Deinde habet regressum iste mandans contra mandatarium actione mandati, de eo, quod hoc nomine præstare coactus fuerit domino negotiorum.

Secundò, Concurrit cum actione Negotiorum gestorum, etiam actio Ad exhibendum, in casu *l. 23. heres, ff. de neg. gest.* ubi uxor seu vidua proponitur aliquas res mariti defuncti intervertisse: quæritur, quomodo consulendum sit heredi

contra viduam? & respondet Papinianus, heredem non debere uxorem defuncti postulare crimine expilatæ hereditatis; sed prudentiùs facturum, si cum eo agat Negotiorum gestorum, vel ad exhibendum. Sed cur non etiam crimen expilatæ hereditatis hoc loco intentari potest? Ratio duplex est: 1. eadem, quæ militat in actione furti inter conjuges denegata; cujus loco datur actio rerum amotarum: ut scilicet parcatur honori conjugis, imò & famæ nec detur adversus eum famosa actio, qualis est furti. 2. quia uxor suscipitur socia rei humanæ atque divinæ domus; ut eleganter loquitur Gordianus, *in l.* 4. *C. de crimine expilat. hered.* significans consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicationem, ut ait Modestinus *in l.* 1. *ff. de ritu nupt.* Quæ ratio sic explicanda est: Cùm inter conjuges sit quædam societas & omnium rerum communicatio; credendum est, uxorem, quæ partis fuit domina, suo jure potiùs uti, quàm crimimis consilium inire voluisse. *argum. l.* 51. *Meritò. ff. pro socio.* Notandum autem *in d. l.* 4. præter actionem ad exhibendum, dari etiam actionem in rem, id est, rei vindicationem, videlicet si uxor rem ablatam adhuc possideat.

Tertiò: alius est concursus *in lege tricesima. Codic. de negotiis gestis.* videlicet ubi frater de eo, quod solverit pro fratre coherede, potest præter actionem negotiorum gestorum etiam judicio familiæ herciscundæ experiri, & quantitatem illam consequi. Sed addunt Impp. *si judicium familiæ herciscundæ non sit jam semel redditum inter fratres*: quasi dicant; jam semel redditum non ampliùs competit: Est enim judicium universale, quod non nisi semel datur.

Quartò, alius concursus actionum est *in l.* 42. *si servi. digest. de negotiis gestis.* ubi præter negotiorum gestorum datur etiam actio de peculio & de in rem verso, de quibus actionibus consulendus est *titul. Institut. Quod cum eo qui in aliena potestat.*

Quintò: Concurrit etiam cum actione Exceptio sive refutatio, sive pensatio, compensatio: id est, potest quis directâ actione negotiorum gestorum conventus, objicere exceptionem compensationis, atque ita servare impensas, à se factas: idque ideò, quia cui damus actionem, eidem & exceptionem multò magis: ut sæpè jam supra monui.

Sextò: Concurrit item petitio cautionis, ut est in *l.* 3. *ff. de tutel. & rationibus distrah.*

Septimò: est etiam affinis negotiorum gestorum actioni funeraria actio, hoc est, illa quæ datur ad repetendas impensas in funus alicujus factas, de qua est *in l.* 12. *si quis sepulchrum.* §. 2. *prætor ait. digest. de relig. & sumtib. funerum. cum multis ll. seqq. sub eod. tit.* Sed hæc actio non datur, si quis aliam habeat actionem ad consequendam funeris impensam: v. g. si familiæ herciscundæ agere possit, &c. ut ita hæc actio sit quasi subsidiaria: quales sunt & aliæ in jure, quæ tùm demum dantur, cum nullum aliud est remedium ad rem servandam. *leg.* 14. §. *Labeo ait. ff. dict. tit.*

Octavo: videtur etiam aliquando cum negotiorum gestorum concurrere actio communi dividundo: nimirum si quis in re communi aliquid præstiterit,

Exempla

Exempla ſunt *in l.31. liberto. §.fi. & in l. 40. ſi communes ædes. ff. d. negot. geſt.* v. g. habebam tecum commune jus aquæ ducendæ vel hauriendæ; de quo cum moveretur controverſia, ego ſolus commune jus amborum defendi, & ſumptus feci in eam litem; vel cum ædes tecum communes haberem, vicino noſtro præſtiti cautionem damni infecti. Hoc caſu, quamvis etiam judicium communi dividundo videatur competere adverſus te, tamen dicitur, potiùs negotiorum geſtorum actione peti poſſe, quod unus ex ſociis pro altero præſtiterit. Rationem reddit Paulus *in d. l. 40. inf.* quia potuerim ita defendere partem meam, ut ſocii partem non cogerer attingere; quaſi dicat; cum ergò mea ſponte negotium alterius geſſerim à meo ſeparatum, neque neceſſariò illi cohærens; conſequens eſt, ut potiùs detur mihi Negotiorum geſtorum, quàm communi dividundo actio. Atque hæc de concurſu actionum cum negotiis geſtis breviter monuiſſe ſufficiant.

CAPUT DECIMUM TERTIUM,

DE SOCIETATE.

RESTANT ex Contractibus & quaſi contractibus, ab Vlpiano in lege noſtra enumeratis, explicandi duo: *Societas, & Rerum communio.* De illa *ſub hoc capite,* de iſta *in ſequenti* breviter dicemus.

Initiò autem obſervandum eſt quàm accuratè veteres Iuriſconſulti Latini inter hæc duo diſtinxerint, quæ in Græca lingua vix poſſunt diſcerni vocabulis. Nam utrumque ferè apud ipſos κοινωνία & μετοχὴ, & interdum κοινοπραξία dicitur. Sed Latini *Societatem* propriè appellârunt illam, ad quam conſtituendam inter duos pluresve conſenſus intervenit, ſive quæ tractatu habito coitur, ut loquitur Vlpianus *in l. 32. Nam cum tractatu. ff. pro ſocio.* Papinianus, & ex illo idem Vlpianus vocant etiam *conſortium voluntarium*, *in l. 52. cum duobus. paragr. 8. Idem Papinianus. ff. pro ſocio. Communionem* autem *rerum* eam vocârunt, in quam ſine affectione ſocietatis & ſine tractatu incidimus, *l. 31. ut ſit. & l. ſeq. digeſt. pro ſocio.* ſive quando aliquos conjunxit ad ſocietatem non conſenſus, ſed res, ut ait Paulus *in l. 25. heredes. §. non tantùm. in f. digeſt. famil. hercisc.* Vbi notandum eſt, *ſocietatis* verbum aliquanndo generaliter & impropriè uſurpari etiam de rerum communione: ſicut etiam *ſocius* abuſive dicitur *in §. Item ſi inter aliquos. Inſtit. d. Obl. quæ quaſi ex contr. naſc.* is cui ſine ſocietate res cum alio eſt communis, quod accidit, ſi duobus vel pluribus eadem res ſit legata, vel donata, vel per fideicommiſſum relicta; vel ſi duo pluresvé in eodem teſtamento ſint heredes inſtituti. Nam cum coherede & collegatario non contrahimus, ſed incidimus in eum: ut ait *d. §. non tantùm,* quomodo & pupillus in tutorem incidere, nec cum eo contrahere dicitur, à Papiniano, *in l. ſin. ff. rem pupilli ſalvam fore.* Videatur & *l. 2. digeſt. commun. dividund. & §. item ſi inter. Inſt. de Oblig. quæ quaſi ex contract.* cum *§. ſeq.* Ex his igitur apparet, Societatem propriè dictam eſſe verùm contractum: at Rerum com-

munionem esse improprium contractum: quia scil. destituatur consensu & conventione; quæ in omni verò contractu adesse debet. Nam hæc constituitur consensu & tractatu habito inter eos, qui contrahunt, sive consensus ille sit expressus, sive tacitus. Expressus est consensus, qui verbis declaratur, vel coràm, vel inter absentes per nuncium, aut epistolam. Tacitus est, qui re: id est, si duo in commune collatis rebus simul negotientur: atque ita intelligendum est, quod ita Modestinus *in l. 4. in pr. ff. pro socio.* Societatem nos coire posse & re & verbis per nuncium dubium non esse. Non enim hoc vult ICtus, quasi societas re contrahatur, hoc est, ex eorum numero contractuum sit, qui re fiunt; de quibus est *titulus Institut. quibus modis re contrah. Oblig.* Non etiam vult, societatem contrahi verbis, quemadmodum stipulationem dicimus verbis contrahi. *l. 1. ff. de Verb. Obl.* item sicut olim verbis contrahebatur obligatio ex dotis dictione, teste Vlpian. *in fragm.* item Cajo *in Instit.* & jusjurandum liberti de operis patrono præstandis. Sed ea potiùs est mens Modestini, quam dixi; nempe, consensum, quo solo contrahitur societas, *l. 2. in princ. digest. de Obl. & actionib. & Instit. init. t. d. Obl. ex consensu. & l. 19. qui amittitur. ff. pro socio.* Consensum, inquam, hunc declarari aut verbis: (intellige, citra stipulationem.) aut re ipsa, rebus videlicet in commune collatis & negotiatione super ipsis instituta ipso facto, etiamsi nihil dictum sit: aut denique per nuncium. Poterat etiam addere, *aut per epistolam,* sicut *in d. l. 2. ff. de Obl. & Act.* & *in d. loco Inst.* hæc duo conjunguntur, *per epistolam & per nuncium.* Nota est enim arguta sententia Epicteti: *Epistolam esse tacitum nuncium; & nuncium esse epistolam loquentem:* Quæ cum ita sint, paulò incommodiùs à Dn. Cujacio definitur Societas, *in paratitlis Codicis.* Quod sit *Conventio, qua inter duos pluresve aut verbis aut nudo consensu constituitur legitima communio. &c.* Quæ nisi ita intellexeris, ut consensus, quo solo contrahitur societas, certis istis modis declaretur, absurda erit. Neque tantùm tacito consensu, ut dictum est, societas contrahi potest: verùm etiam dissolvi tacito dissensu, sive renunciatione tacita: ut si socii separatim agere vel negotiari cœperint, & unusquisque sibi negotietur, cum priùs communiter agere solerent. *l. 65. Itaque. digest. pro socio.* Differunt etiam Societas & Rerum communio actionibus inde ortis. Nam ex rerum communione datur tantùm actio *Communi dividundo,* nunquam verò actio *pro socio. l. 34. quib. casibus. digest. pro socio.* Sed ex societate utraque actio dari potest, tàm *communi dividundo* quam *pro socio. l. 43. si actum sit. ff. pro socio. l. 1. & l. 2. ff. communi divid.* qua de re infra, cum de actionibus quæ ex hoc contractu dantur, dicemus.

Illud hîc probe notandum est, quod major interdum sit vis improprii sive quasi contractus, quàm veri. Exemplum est in *l. 33. ut in conduct. ff. pro socio.* Ibi enim pupillus ex societate sine tutoris autoritate non obligatur. *l. 9. obligari. ff. de autor. tut. & Inst. eod. tit.* Et tamen idem pupillus ex quasi contractu communionis rerum, sive ex communiter gesto tenetur; quamvis non intervenerit tutoris autoritas. Ratio est, quia si diceremus pupillum non teneri, tunc locupletaretur cum alterius jactura, quod fieri non debet: facit huc *l. 6. si pupilli. ff. de negot. gest. & l. 5. pupillus. ff. de autor. tutor.*

Con-

Constitutis ad hunc modum & expositis differentiis inter societatem & rerum communionem, nunc præcipuas societatis DIVISIONES cognoscamus: Quarum I. est ex materiâ sumpta: quòd societas alia sit *universalis*, alia *particularis*; illa est omnium sive totorum sive universalium bonorum, vel, ut alibi dicitur, universarum fortunarum: hæc est certæ rei vel alicujus negotiationis. Divisio ista multis extat locis, ut *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 7. l. 52. cum duobus. §. 16. socium. & §. penult. l. 63. verum est. & l. 73. si societatem. digest. pro socio. & initio tit. Institut. de societat.* Differt autem universalis societas à particulari. I. in eo, quod in priore communicanda sint omnia lucra, undecunque obvenerint alicui ex sociis: in altera verò non sunt omnia communia, sed tantùm, quæ ex illa re sive negotiatione circa quam contracta est societas, proficiscuntur. II. in eo differunt, quòd in universali societate, omnes res sociorum statim communicantur, etiam sine speciali traditione; in particulari verò non nisi traditione interveniente res communicantur: neque omnes, sed tantùm illæ, quæ in societatem deductæ. *l. 1. §. 1. & l. 2. ff. pro socio.* Dices: Atqui Dominium rerum non transfertur contractibus neque pactis, sed traditionibus & usucapionibus *l. 20. traditionibus. C. de pact. & l. 3. ff. de O. & A. §. per traditionem. Inst. de Rer. divis.* Respond. Etiam hîc intervenit, traditio, sed ficta & præsumpta: id quod significatur *in d. l. 2.* dum ait, *tacita tamen creditur intervenire traditio.* Hæc autem traditio ficta idem operatur, quod aliàs vera & naturalis. Cur veram & naturalem traditionem hîc non requiramus, qua scil. omnes & singulæ res ultrò citroque tradantur & accipiantur; ratio est: quia illæ meræ essent ambages, quas legumlatores, odisse atque aversari solent, ac potiùs studere compendio rerum agendarum: ne fiat per plura, quod potest per pauciora expediri: quam ob causam aliàs quoque excogitarunt ICti fictionem brevis manus, quam vocant. Accedit etiam, quod illa singularum rerum ultro citroque facienda traditio magnam in se contineret difficultatem, cui proinde remedium sua illa fictione ICti adhibere voluerunt.

Pro hac autem bimembri partitione Societatis (quam video etiam Wesenbecio probari *in paratitl. n. 3.*) Vlpianus aliam etiam tradit quadrimembrem *in l. 6. ff. pro socio*: videlicet dividens societatem in eam, quæ fit universorum bonorum, & eam quæ alicujus negotiationis, & eam quæ vectigalis, & eam quæ unius rei. In hac divisione, ne quis fortè eam priori existimet adversari, posteriora tria membra nihil aliud continent, quàm explicationem, sive subdivisionem societatis particularis.

Secundo dividitur societas in *privatam & publicam, in l. 59. adeò. in princip. & in l. 63. verum est. §. 8. in hæredem. digestis pro socio. Privata* est, quæ fit inter privatos & de rebus privatorum: *publica* vero, quæ fit de publicis, id est, de vectigalibus. Nam hæc appellantur per excellentiam *publica. l. 33. ut in conductionibus publicorum. ff. pro socio. & in l. 16. Eum qui vectigal. cum l. seq. §. 1. digest. de V. S.* Et inde dicti sunt *publicani*, *toto titulo. digest. de public. & vectigal*: qui illa vectigalia à Censoribus populi Rom. conducebant ferè ad quinquennium, atque exercebant sui quæstus causa, quod ut tanto commodiùs facerent, societates de illis

contra-

contrahebant inter se, ut præter jus Civile etiam ex Cicerone constat. Inter has duas species quid intersit, petendum est ex Vlpiano, *in d. l. 59. In lege autem. 63. §. 8. ff. pro socio*: ubi voluntaria societas à ICto opponitur Societati vectigalium: quod sanè mirum alicui videri possit: cùm certum sit, etiam vectigalium societatem, non nisi inter volentes publicanos contrahi. Habet autem societas vectigalium quædam peculiaria & inter cætera hoc quoque, quod etiam manente societate pro socio agi potest, secus quàm in alia Societate privata. *l. 65. actione. §. 15. nonnunquam. ff. pro socio.*

Tertia divisio societatis, sumta à formâ seu modo contrahendi, extat *in l. 1. ff. pro socio.* nempe quòd vel *in perpetuum* contrahi possit societas, vel *ad tempus*, vel *ex tempore*, vel *sub conditione*. Sed primo hujus divisionis membro videtur obstare, quod ait Paulus *in l. 70. ff. eod. t.* de nullâ societatis in æternum coitione: siquidem *in perpetuum* & *in æternum* idem valet. Respond. *In perpetuum*, ipso interprete ICto *in dict. l. 1.* nihil aliud est quàm dum, vel quò ad contrahentes vivunt; sed *in æternum* extenditur, etiam ultra mortem ad heredes & heredum heredes. Non possimus autem pacisci, ut heres quoque societati succedat. *l. 59. adeò. in princ. ff. pro socio.* Nimirum ne quis invitus efficiatur socius illius, cui non vult, ut ait Paulus *in d. l. actionem. 65. §. 11. societas. ff. h. t.* Est & altera ratio, quia qui socium sibi adsciscit, is industriam ac fidem ipsius elegit; quæ etiam spectari solent in mandato, & in tutela, ac similibus: Cum autem ejusmodi dotes sint personales, cum personâ extinguuntur, nec ad heredes transeunt. Apparet ergò nullam esse in has leges pugnam. Hoc quoque notandum est de hac divisione, conflatam esse illam ex duabus distinctis: quarum prima hæc est: Societas potest contrahi aut *in perpetuum*. aut *ad tempus*, aut *ex tempore*. Altera est: Societas alia *purè* contrahitur, alia *sub conditione*. Neque hoc novum est ICtis, ut ad hunc modum duas pluresvé divisiones, vel etiam divisionem cum subdivisionibus in unam contrahant: cujus rei exemplum est & *in allegatâ l. 6. ff. pro socio. & in tit. de pact.* & alibi. Exemplum societatis sub conditione contractæ est *in l. 75. si contra. & in l. seq. ff. pro socio*: Contraho tecum societatem, eâ conditione, si Titius partes lucri & damni arbitratus fuerit sive definierit. Hîc si fortè Titius morte præventus fuerit, priusquam arbitraretur, nihil agit: quia deficiente conditione deficit contractus sub ea factus. Nominatur etiam societas sub conditione contracta, *in l. 6. ff. pro socio. & in l. 14. si convenerit. in princ. ff. pro socio.* Apud veteres ICtos dubitabatur hac de re, utrum sub conditione societas coiri posset: Dubitandi rationem indicat Cujacius *in parat. Cod.* nempe sumtam à mancipatione, quæ in societate inesse videatur, & sit actus legitimus: quales actus non recipiunt conditionem neq; diem, ut est *in l. 77. Actus legitimi. D. de Reg. jur. de qua alibi copiosè dixi.* Sed hanc Controversiam diremit Iustinianus *in l. pen. C. pro socio.* Ratio decidendi *in d. l. penult.* hæc redditur, quia voluntates legitimæ contrahentium omninò sunt observandæ.

Quartò videtur & societas dividi posse in eam, quæ sit *honesta* & licita; & eam quæ *inhonesta*, turpis, flagitiosa, v. g. qualis est latronum vel furum &c. quarum

illa

illa sola valet; hæc nulla est. Nam delictorum turpis atque fœda communio est: & generaliter traditur, rerum inhonestarum nullam esse societatem. *l. 53. & l. 57. ff. pro socio.* Proindeque ex furto vel alio maleficio quæsitum non oportet conferri in societatem. *dict. l. 53. Cum seqq. tribus.* facit huc *l. 6. §. rei turpis. & l. 22. si mandavero. §. qui ædem sacram. ff. mandati. item l. 26. generaliter. & l. 61. stipulatio. & l. 123. si flagitii. ff. de Verb. Oblig. item l. 14. conditiones. & l. 15. filiusfam. ff. d. condit. instit.* Vbi, quæ contra bonos mores fiunt, ea ne facere quidem nos posse credendum est.

Quintò potest dividi Societas in eam, quæ sit justa & æqua: & eam quæ injusta & iniqua; quod genus *leoninam societatem* appellare solebat Cassius: ut refert ex Aristone Vlpianus *in l. 29. si non fuerint. §. f. ff. pro socio.* Atque hæc hactenus de Divisione & speciebus societatis dicta sint.

Porrò DEFINIRI potest Societas, *Contractus consensu initus de rebus & operis conferendis ad lucrum participandum.* Alii aliter definiunt, & Cujacius *in paratitl. digestorum* quatuor modis variat: Et quinto etiam modo aliter definit *in paratitl. Codicis.* Aliter quoque Wesenbecius *in parat. digest.* De *consensu* quod dixi, probatur per *tit. Instit. de Oblig. quæ consensu. & per l. 2. digest. d. O. & A. item per l. 19. qui admittitur & l. 37. planè. & l. 65. actionem. §. 11. societas. digest. pro socio.* Quod de *rebus & operis* addidi, alibi his verbis indicatur: *pecunia & industria* sive *diligentia*, & interdum *gratia & autoritas. l. 29. si non fuerint. in princ. & §. 1. ff. pro socio. §. de illa sanè Instit. de societate.* Hæc enim duo in societatem deduci solent: vel conjunctim & æqualiter ab utroque, vel ab omnibus sociis, vel divisim & inæqualiter: ita scil. ut unus tantùm pecuniam conferat in medium, alter operam & industriam, pecuniæ verò vel rei nihil, aut certè perparum; vel ut unus plus, alter minus contribuat. Nam nihil est necesse, ut socii æquis sint facultatibus, & æquè divites: sed valet societas etiam inter eos contracta quorum dispares sunt facultates: cum plerunque pauperior operâ suppleat, quantum sibi deest per comparationem patrimonii: ut eleganter & verè scripsit Vlpianus *in l. 5. §. 1. ff. pro socio.* Quò pertinet illud Themistoclis apophthegma, qui dicebat, *malle se virum pro genero asciscere, qui pecuniâ indigeret, quàm pecuniam, quæ viro:* & potest quamvis pauper, tamen fidelis esse, & diligens: *argument. l. 8. digest. de suspect. tutor, & §. f. Inst. eod. tit.* Imò ferè videmus divites ignavos, delicatos & luxu diffluentes, pauperes autem gnavos & industrios ac diligentes: quibus scil. honesta paupertas stimulos subdit, quibus excitentur ad artes, ut ait Theocritus, ἁ πενία, Διόφαντε, μόνα τὰς τέχνας ἐγείρει. & laudabili quâdam æmulatione ad opes comparandas contendant, ut est apud Hesiodum *lib. 1.* Dixi porrò: *ad lucrum participandum.* Hic enim est finis societatis. Malui autem *lucri*, quàm *quæstus* vocabulum usurpare: quia apud ICtos, qui maximè student proprietati verborum, latiùs patet appellatio *lucri* quàm *quæstus*. Lucrum enim dicimus omne emolumentum, quod quacunque ratione acquisitum est *argum. l. 3. §. 1. digest. pro socio. in verb. quacunq. ratione acquisitum &c.* Sed *quæstus* propriè est lucrum ex emptione venditione, Locatione Conductione, & alia hujusmodi negotiatione descendens: *argum. l. 7. coiri. ff. pro socio,* sive quod provenit ex aliqua negotiatione v. gr. sagariâ, vel

argentaria; quæ duæ ſpecies nominantur ab Vlpiano *in l. 52. §. 4. & §. ſeq. ff. pro ſocio.* (ſunt & aliæ ſpecies negotiationum variæ, ut frumentaria, item vinaria, olearia, venalitiaria &c.) Sive denique quæſtus intelligitur, qui ex opera alicujus deſcendit, teſte Paulo *in l. 8. quæſtus. ff. pro ſocio.* Interdum tamen etiam lucrum refertur tantum ad id, quod ex quæſtu venit, ut eſt *in l. 13. ſed etſi adjiciatur. ff. pro ſocio.* quod fit potius ratione ſubjectæ materiæ, quam ex vi vocabuli: & fateor alibi quoque hoc ſubtile diſcrimen negligi, & *lucrum* nominari, qui propriè eſt *quæſtus*, ut *in l. 52. §. 4. & 5. ff. pro ſocio.* Sicut etiam vernacula noſtra lingua tàm lucrum quàm quæſtum uno vocabulo exprimit, Gewinn/ quomodo & Græci κέρδος uſurpant. Ideò autem in definitione Societatis nullam feci mentionem *damni*, quia ſicut bona non intelliguntur, niſi quæ ſuperſunt, deducto ære alieno *l. 39. §. 1. ff. de V. S.* Item, ſicut fructus, qui ſuperſunt deductis impenſis, ita etiam hîc lucrum vel damnum priùs deducere oportet, quàm rationem lucri ſubducere, & iniri poſſimus: Nam poſtea quod ſupereſt, id demum pro lucro habebitur, neque aliter intelligitur lucrum, quàm omni deducto damno, & facta compenſatione, ut eſt *in l. 30. Mutius. ff. pro ſocio. & in §. quod tamen ita. Inſt. de ſocietate.* Taceo, quod de lucro tantùm cogitant, qui ſocietatem contrahunt, & lucri causâ coëunt: Quod autem ſæpè accipitur damnum, hoc fit potiùs ex eventu & ex rerum contingentia, quàm ex intentione & intentione ſociorum.

His evidentiæ causâ de ipſo contractu ſocietatis ita præmiſſis, proximum eſt videre, quid ſocius ſocio præſtare debeat, ex natura hujus contractus. Deinde, quæ ex eo naſcatur actio; denique de concurrentibus actionibus.

REGULA igitur hæc eſt: *Contractus ſocietatis recipit dolum & culpam, ſive: Socios inter ſe dolum & culpam præſtare oportet: non etiam exactiſsimam diligentiam, ſive leviſsimam culpam: non damna fatalia, ſive caſus fortuitos.* Probatur hæc regula multis legibus non ſolùm per *hanc noſtram*, ſed etiam per *l. 23. de illo*, & *l. 25. non ob eam rem.* cum *ll. ſeqq.* item per *l. 52. cum duob. §. utrum ergò. & §. 3. damna.* & per *l. 72. ſocius ſocio. ff. pro ſocio.* & *§. fin. Inſt. de ſocietate.* qui deſumptus eſt ex *d. l. 72.* Probatur quoque per *l. 5. §. nunc videndum. verſ. ſed ubi utriuſq. ff. commod.* Ex quo loco patet etiam ratio hujus juris, quia in hoc contractu utriusque utilitas vertitur. In talibus autem dolus & culpa præſtatur, ut ſæpè jam dictum eſt ſuprà.

Significat tamen Imperator *in dict. §. fin. de ſocietat. in verbis, quæſitum eſt: & prævaluit tamen &c.* inter veteres Iuriſconſultos fuiſſe hac ipſa de re controverſiam, dum aliqui exiſtimabant, ſocium de dolo tantùm & lata culpa teneri, perinde ut depoſitarius; non etiam de culpa levi: alii contrà, non tantùm de dolo, & de latâ, ſed etiam de levi culpa, ipſum teneri contendebant; quorum etiam ſententia prævaluit.

Prioris ſententiæ auctores & ſectatores videntur hac ratione ſubnixi fuiſſe; I. quia res communis eſt quaſi noſtra; jam verò in rebus noſtris & propriis culpa eſt permiſſa, cum in re ſua unicuique liceat eſſe negligenti, ut eſt *in vulgatâ l. 21. in re mandata. C. Mandati.* II. Quia quilibet præſumitur non ignarus fuiſſe conditionis ejus, cum quo contrahat, & proinde ſciviſſe ejus defectus. *l. 19. qui cum alio h. t. noſtro.* Cum igitur quis inertem & ineptũ pro idoneo & induſtrio elegerit ac ſocium

assumserit, eumque approbaverit; sibi hoc imputare & de se conqueri debet: & contentus esse, si socius dolo tantùm commissa præstet, aut per latam culpam: non autem poterit ab ipso postulare, ut ultra dolum aut latam culpam aliquid præstet. Sed ad primam rationem responderi potest; tum quod res communis cum socio non sit tota nostra: regulam autem illam *in d. l. 21. in re mandata. C. mandati.* loqui de iis rebus, quæ omninò & totæ sint nostræ: tum etiam in rebus nostris non semper neque omnem culpam esse excusatam: imo plerumque etiam negligentiam reprehendi. *argument. l. 24. §. 5. si maritus. ff. solut. matrimon.* Ad secundam rationem responsio est, negligentiam illam, quam commisit socius in re communi, nihilominus coërceri, & damnum per eam datum corrigendum esse, & ab ipso præstandum, actione pro socio.

Pro altera verò sententia, quæ etiam tanquam verior & æquior, obtinuit, facit ratio ex *d. l. 5. ff. Commod.* paulò antè allegata. Nam cum hic contractus spectet ad utriusque vel omnium sociorum utilitatem, æquum est unius negligentiam alteri vel cæteris non obesse: nec tamen requiri majorem vel exactiorem curam vel diligentiam eâ, quam suis rebus quis adhibet. Sufficit talem diligentiam socium adhibere rebus communibus, qualem suis adhibere solet *l. 72. ff. pro socio, & §. fin. Inst. d. societ.* Ex quo loco Ant. Contius objectionem sumit talem: Si sufficit socium adhibere talem diligentiam rebus communibus, qualem propriis adhibet: ergo hic contractus tantùm recipit dolum & latam culpam, sicut & depositum. *l. 32. ff. depos.* Et respondet, culpam quæ in socio sit levis, in depositario esse latam. Socius enim quamvis in eodem genere negligentiæ versetur: tamen minus peccare intelligitur, propterea quia rem administrat tanquam suam & propriam. Meum enim est quod cum alio commune habeo, sive quod pro parte meum est: Depositario autem res deposita est tota aliena, in qua nihil Iuris habet. Similiter ferè etiam Dn. Bocerus respondet ad hanc objectionem, *c. 4. n. 13.* ubi ait, non posse quem videri dolosè versari in rebus ad se pro parte pertinentibus: & quod in deposito sit lata culpa, hoc in societate culpam esse levem: quia verba sint accipienda secundum subjectam materiam. Alia objectio sumitur ex *l. 25. hæredes. §. non tantùm. ff. fam. ercisc.* Vbi ait Paulus, cohæredem & collegatarium præstare non tantum dolum sed etiam culpam; ejusque hanc addit rationem, quoniam cum hærede non contrahimus, sed in eum incidimus. Hinc à contrario sensu videtur colligi posse. Ergo in contractu societatis, ubi non res, sed voluntas & consensus aliquos conjunxit dolus tantum præstari debet. Sed Resp. est; argum. à contrario sensu non procedere, quoties sententia quæ per id colligitur, aliis legibus & Iuri æquitatiq; adversatur: ut docet Nic. Everh. *in Top. in loco à contrar. sensu* & pluresalii auctores copiosè allegati ab Ant. Delrio *ad l. transigere n. 172. C. d. transact.* Iam verò hæc sententia, quod in societate dolus tantùm præstari debeat, manifestè repugnat aliis locis, ut suprà aliquot legibus ostendimus.

Quæritur: An socius, qui in quibusdam negotiis negligenter versatus damnum sua culpa dedit societati, & contra eandem in aliis rebus sua industria auxit & melioravit, volens uti compensatione lucri cum damno, audiendus sit? Negant hoc Marcellus, Vlpianus, & Paulus, *in l. 23. 25. & seq. digest. pro socio.* &

rectè negant; quia ad augendam & meliorandam societatem obligatus fuit socius; à deterioranda verò cavere debebat: neque tàm est laudi dandum, facere officium suum, quam est reprehendenda ejusdem neglectio. Nec obstat, quod ex Terentio objici posset pro ratione dubitandi: *multa ex quo fuerint commoda ejus incommoda æquum est ferre.* Nam ut maximè alibi fortè in vita communi hoc valet; tamen in societae locum habere non debet: ob rationem decidendi modo indicatam. Atque hæc de speciebus seu gradibus culpæ, quæ inter socios præstanda est.

Observanda est autem Exceptio quam & Ant. Delrio notavit: Nempe, Aliquando tamen etiam levissimam culpam præstandam esse. Id accidit quando socius in rebus suis summam diligentiam adhibere solet. Tunc enim non potest sine suspicione fraudis minorem adhibere diligentiam rebus communibus. *L. quod Nerva. 32. ff. Depositi.*

De casu fortuito seu damnis fatalibus in socios regulariter non præstandis, expressum est *in l. cum duob. 52. §. 3. ff. pro soc.* ubi duo adferuntur exempla, nempe incendii & latrocinii, sed furtum à casibus fortuitis separatur: quia furtum non esset factum, si custodiam quam debuit socius præstitisset: diligenti enim patrifamiliâs furtum non fit. Cùm autem casus fortuitos nominamus, ea damna intelligi volumus, quæ imprudentibus accidunt, ut ait *d. l. 52.* sive quæ nulla ope humana, nulla diligentia vel industria possunt prævideri, vel etiam prævisa averti aut declinari & præcaveri. Ratio jam sæpè indicata est suprà, quia cùm hîc nihil sit quod imputari possit cuiquam, nihil etiam à quoquam præstari debet in ullo bonæ fidei judicio. Exceptio desumi potest ex *d. l. 53. §. damna. ff. pro soc. in verb. si nihil dolo aut culpa acciderit ejus &c.* Nam hinc à contrario sensu ita rectè colligimus; si quid acciderit damni dolo aut culpa socii, id certè præstare debet socius socio. Quò pertinet quod suprà quoque non semel admonui, etiam casus fortuitos præstandos esse in judiciis bonæ fidei, quoties culpa eos præcesserit; multoque magis, si dolo fuerint procurati: quamquam hic non tam casus fortuitus præstari videtur, quam ipsa culpa vel dolus casum præcedens puniri.

Sequitur ut de ACTIONIBUS explicemus, quæ ex contractu societatis nascuntur & competunt. Præcipua igitur actio est de ea quæ appellatur *Pro socio*: quæ datur non ab uno latere directa, ab altero autem contraria, sed ab utraque parte directa: ut expressum est *in §. ex quibusdam Instit. de pœn. tem. litig.* Rationem reddit Cujacius *in parat. D. & C.* Quia sociorum omninò par conditio est, nec alius alii antistat: sive nullius est potior conditio quàm aliorum, ut uni dari debeat directa, seu principalis actio, alteri vel cæteris contrarium judicium. Eandem rationem indicavit & Bartolus *in l. 2. ff. d. Obl. & act. & ad l. 17. Curatoris. Cod. d. negot. gest.* & Oldendorpius *class. 4. act. 21.* apud quem plura videri possunt de iis rebus quæ in judicium societatis veniunt. Multa enim continet: quæ omnia persequi non est nostri instituti.

Effectus autem hujus actionis inter cætera non est contemnendus, quod pro socio condemnatus infamia notatur: ut est *in l. 1. §. qui pro socio. ff. de his qui notant. infam.*

fam. & §. ex quibuſdam. Inſt. de pœn. tem. litig. Quò pertinet quod ait Cic. *pro S. Roſcio Amerino: Rectè majores noſtri eum qui ſocium fefelliſſet, in virorum bonorum numero, non putarunt haberi oportere:* & paulò antè: *In rebus minorib. ſocium fallere turpiſſimum eſt, neq; injuria, &c.* ubi eleganter & copiosè hujus rei rationem explicat. Similis locus eſt apud eundem *in orat. pro Q. Roſc. Si qua ſunt privata judicia ſummæ exiſtimationis & penè dicam capitis, tria hæc ſunt: Fiduciæ, tutelæ, ſocietatis: Æquè enim perfidioſum & nefarium eſt fidem frangere, quæ continet vitam & pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, & ſocium fallere, qui ſe in negotio conjunxit, &c.*

Illud quoque notandum eſt, Actionem pro ſocio ex illarum eſſe numero, ex quibus quis non in ſolidum, ſed in id quod facere poteſt, condemnatur. *l. 63. verum eſt. in princip. & §. 1. 2. & 3. digeſt. pro ſocio. ſunt præterea. §. ſed & ſi quis. Inſtit. de Actionib. l. 16. ſunt verſ. qui. & l. 22. ſed hoc ita. §. 1. ff. de re judic.* quod tamen beneficium amittit tanquam indignus, qui inficiatus fuerit ſe ſocium eſſe. *l, 67. ſi unus. §. fin. digeſt pro ſocio.* facit huc *l. 4. §. 1. ff. Quod cum eo qui in alien.* Eſt enim hæc una ex mendacii pœnis: quæ multæ ſunt in Iure, ut monui aliâs *in partit. feud. al.* Sed quæritur hîc, An beneficium iſtud ſive exceptio quatenus quis facere poteſt, competat etiam ſocio unius rei, an verò tantùm univerſorum bonorum? Hac de re ſunt leges in ſpeciem pugnantes. Nam *d. l. verum eſt. in pr.* tribuit hoc ſociis, etiamſi non univerſorum bonorum, ſed unius rei ſint: *Lex* autem *16. ff. de re judic.* ait, ſocium omnium bonorum hîc accipiendum eſſe: & tamen utraque lex eundem habet auctorem Vlpianum. Accurſius quoque hanc antinomiam vidit, ſicut ferè omnes alias in toto corpore Iuris, diligentiſſimè obſervavit. Reſpondet autem ex Ioannis ſententia *in d. l. 16.* ſubaudiendam eſſe particulam, *maximè*, ut ita non excludatur unius rei ſocius. Addit etiam alias aliorum ſolutiones: nempe in *d. l. 16.* legendum eſſe interrogativè, & reſponſionem petendam eſſe ex *d. l. 68.* item *in d. l. 63.* unius rei ſocios intelligendos eſſe non rei particularis, ſed alicujus negociationis, quæ tanquam univerſitas quædam ſub ſe multas res ſingulares complectatur. Veruntamen in prima ſolutione magis acquieſcit. Ex *eadem d. l. 16.* obiter notari debet elegans Græciſmus, Lucretio quoq; & aliis bonis auctoribus uſurpatus, in verbis *ſocium omnium bonorum accipiendum eſt.* Similia exempla multa in Pandectarum lectione occurrunt; maximè in ſcriptura Florentina. Nam in vulgatis libris pluraque ſunt corrupta ex ignoratione hujus elegantiæ: quam & Ant. Auguſtinus obſervavit, *in libris emendationum.* Quærit idem Acurſius *in d. l. 63.* ad verbum *fraternitatis*: An quemadmodum ſocii tantum quatenus facere poſſunt condemantur: ita & fratres conſortes, id eſt, qui commune & indiviſum patrimonium habent, (ut definiuntur *in l. cum duob. 52. ff. pro ſoc.*) & ad diviſionem ejus provocant, ſimiliter ſint condemnadi non in ſolidum, ſed in quantum facere poſſunt? Et recte cum Azone negat, hoc beneficium ad fratres pertinere? monſtratâ ratione diverſitatis inter fratres & ſocios: Nam in hos ex conventione rem eſſe communem; inter illos autem non ex conventione, ſed incidenter: id eſt, quia ſine conſenſu ex rei ipſa in cōmunionem inciderint. Nec obſtat, quod ſocietas dicitur

speciem quandam fraternitatis in se continere. *dict. l. 63.* Respondendum est enim, hoc metaphoricè tantùm dici, non propriè: sensus autem tropicus & allegoricus non est argumentativus, ut vulgò quoque rectè dicitur ex Scholasticorum Doctorum disciplina.

Porrò cum hac primaria actione pro socio, aliæ quoque ACTIONES CONCURRUNT, de quibus deinceps, sed breviter, explicabo. Prima igitur concurrens actio est *Communi dividundo.* Ea tunc datur, quando socius post distractam societatem (ea autem ferè decem modis potest distrahi, ut docet Oldendorpius *class. 4. act. 21. ex l. 4. §. 1. & ex l. 63. §. fin. cum duob. seqq. ff. pro soc.*) aliquid in rem communem impenderit, ut hoc reciperet, vel si res communes manserint indivisę post distractam societatem ut dividantur. Hîc diligenter notandæ sunt differentiæ inter actionem societatis, & actionem communi dividundo. Primùm, pro socio actio est merè personalis, i. e. tantùm præstationes continet personales: sed communi dividundo actio est mixta, id est, partim in rem, partim in personam. *§. quadam. Inst. de act. l. 1. ff. com. divid.* In rem quidem est, quatenus in eam venit ipsius rei communis divisio: in personam, quatenus præstationes personales, videlicet damnorum in re communi datorum, vel impensarum in eandem factarum, tempore sc. durantis communionis, non verò ante eam *l. 4. §. 3. sicut. ff. commun. divid.* Vtraque hæc complectitur etiam Vlpianus *in l. 3. eod. tit.* & Imp. Iustinianus *in tit. Inst. de offic. jud.* 2. Differunt, quod pro socio actio tantùm est ex contractu. *l. 31. ut sit. ff. pro socio.* sed communi dividundo tàm datur ex quasi contractu quàm ex vero. 3. Differunt, quod pro socio non admittit adjudicationem. *d. l. 43. si actum. ff. pro socio.* sed in actione communi dividundo (ut etiam in cæteris mixtis judiciis, videlicet familiæ erciscundæ, & finium regundorum) adjudicationibus opus est; sine quibus sæpè res expediri non potest; ut eleganter explicat Imp. *in d. tit. de offic. jud.* & vice versa pro socio actio habet etiam rationem nominum, id est, æris alieni, nempe ut illa in commune conferantur: sed communi dividundo actio non habet rationem nominum. Cur ita? Ratio est *in l. 6. Ea quæ in nominib. C. fam. erc. isc.* Quia scilic. nomina sive debita ipso Iure jam sunt divisa ex Lege XII. tabularum. Non igitur desiderant ampliùs divisionem hominis vel judicii. Sæpè autem in Iure nostro fit mentio istius Legis XII. tabb. ut *in l. 26. pacto. C. de pact.* ubi videri potest Accursius & Donellus. Dixi quoque de eadem Lege *in Tractatu quem de Legibus Decemviralib. feci.* Atque hunc verum intellectum *l. 43. ff. pro socio.* docuit me Oldendorpius *clas. 4. act. 21.* Quarta differentia hæc est, quod Actio pro socio est famosa, ut suprà dictum: sed communi dividundo damnatus, non fit infamis. Nusquam enim hoc lectum est: & in hoc judicio non agitur de fide rupta, sed de divisione rei communis, & de indemnitate, cujusmodi actiones non infamant. *l. 5. ff. Depositi. l. 6. §. fin. ff. de his qui not. infam.*

Et in his quidem capitibus differunt duæ istæ actiones. Illud verò ambæ habent commune, in quo conveniunt: quod potest tàm actio pro socio quàm communi dividundo, etiam ab uno proponi, cæteris licet invitis: potest, inquam, unus etiam ex sociis, vel ex quasi sociis, provocare ad divisionem, quantumlibet fortè

cupe-

cuperent reliqui manere ac persistere in societate & communione. Nemo enim cogitur perpetuò stare in communione: vel in societate, nemo invitus detineri compellitur, ut est *in l. fin. comm. divid.* ac ne tum quidem, etiamsi convenerit, ne omnino fiat divisio, sive ut nunquam dividatur. Hujusmodi enim pactum nullas habet vires. *l.* 14. *In hoc judicium.* §. 2. *si conveniat. ff. commun. divid.* Sed quæret quispiam, quomodo aut cur tale pactum nullas vires habet? Respond. Quia contra naturam est communionis, & contra utilitatem publicam tranquillitatemque civium & concordiam. Cum enim materia societatis & communionis excitare soleat discordias, (sæpè enim inter propinquos, ut præter quotidianam experientiam testatur etiam Papinianus *in l.* 77. *cum pater.* §. *dulcissimis. ff. de leg.* 2. & Paulus *in l.* 26. *In re communi. ff. de serv. præd. urb.*) idque propter naturalem facilitatem hominum ad dissentiendum. *l.* 17. §. 6. *ff. de recept. arb.* Præterea cùm rerum communio hoc quoque ferè habeat incommodi, quod communia negligentius curantur quàm propria, teste Aristotele *lib.* 2. *polit.* Cui consentiunt Impp. *in l.* 2. *C. Quando & quibus quarta pars ex bon. decur. deb. lib.* 10. Idcirco prudentes Legislatores ut hæc mala averterent à Republ. benè constituta; voluerunt, rejectis hujusmodi pactionibus, astrictoriis liberam cuilibet relinqui facultatem recedendi à communione, & ad divisionem provocandi, quoties vel ob discordias præsentes vel futuras, vel ob negligentiam sociorum, non ampliùs placeret in communione remanere.

Atque hæc de prima concurrente actione, videlicet communi dividundo: de quo concursu notanda est etiam *lex tricesima octava, ff. pro socio,* ubi dicitur: altera actione alteram tolli. Cujus Iuris ratio est: quia cum utraque actio, & pro socio & communi dividundo sit rei persecutoria & bonæ fidei: non debet quis unam eandemque rem plus quàm semel consequi. Neque enim bona fides patitur, ut bis idem exigatur.

Secundò concurrit etiam cum actione pro socio *Actio furti*: nempe si socius furtum rei communis fecerit. *l.* 45. *Rei communis & l.* 51. *Meritò. ff. pro socio. l.* 45. *si socius. ff. de furt.* Ex quibus legibus inter se comparatis hæc notanda est limitatio: furti actionem ita demùm dari, dummodò socius rem communem amoverit per fallaciam & dolo malo; vel celandi lucrandique animo eam contrectârit, invito socio. Nam hoc requiritur ad substantiam furti: ut apparet ex definitione ejus *in lege prima, paragrapho finali, digestis de furtis, &* §. 1. *Institut. de obligationibus quæ ex delict. nascuntur.* In dubio autem dolus non præsumitur, sed ex indiciis perspicuis probandus est. *l.* 6. *C. de dol. mal. & ibi gl.* Imò plerunque credendum est, eum qui partis est dominus, jure potiùs suo re uti, quàm furti consilium inire voluisse. *d. l.* 51. *Meritò. ff. pro socio.* facit huc *l.* 4. *C. de crim. expilat. heredit.* Iure autem suo utens, nemini facit injuriam neque furtum. Hîc notandum est, alterâ actione alteram non tolli. *dict. l.* 45. *Rei communis. ff. pro socio.* id est, potest socius, qui pro socio egit, nihilominus etiam adhuc furti agere, ad pœnam scilicet dupli vel quadrupli: & contrà, qui egit furti, adhuc potest agere pro socio; non obstante sibi conceptione rei judicatæ Nam nihil commune habent istæ actiones, qua-

rum

rum altera datur ex contractu, altera ex delicto: altera rem, altera pœnam persequitur: sive una est rei persecutoria, altera est pœnalis. §. *Ex maleficiis. vers. pœnam tantùm. & §. sed furti. Institut. de Actionib.* Imo ne pœnales quidem actiones de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit. *l. penult. ff. de oblig. & actionib. l. 2. ff. de priv. del. §. fin. Instit. si quadrup. pauper. fec. dicatur.*

Tertio: Concurrit etiam cum actione pro socio *judicium publicum Legis Fabiæ de plagiariis. l. 51. §. 1. D. pro socio.*

Quarto, Concurrit etiam *Condictio furtiva. l. 47. sed si ex causa. ff. pro socio.* ubi notanda est insignis differentia ejus ab actione furti. Nam furti actione usus, potest nihilominus uti etiam actione pro socio: sed condictionem furtivam qui proposuit, non potest agere pro socio, nisi pluris intersit ipsius. Ratio diversitatis est, quia condictio furtiva, æquè est rei persecutoria, atque actio pro socio: furti autem est pœnalis.

Quinto, cum actione pro socio concurrit etiam *Legis Aquiliæ actio*: nempe si socius damnum dederit in re communi: v. g. Servum communem negotiationi præpositum vulnerando, vel occidendo. *leg. 47. sed si ex causa. §. 1. ff. pro socio, cum tribus ll. seqq.* Sed hîc quoque suum consecutus per actionem pro socio, excluditur ab actione legis Aquiliæ de damno: in quo etiam differt actio L. Aquiliæ à furti actione: quæ ad pœnam duntaxat respicit: cum actio Legis Aquiliæ respiciat ad rei persecutionem: sicut & pro socio. *l. 50. sed actione. ff. pro socio.* Hoc tamen interest, inter Legis Aquiliæ & pro socio actionem, quod illa est ex delicto, hæc ex contractu: item quod illa est mixta, id est, partim rem persequitur, partim pœnam continet: ut docet Imperator *in d. § Ex maleficiis. vers. sed & legis Aquiliæ. Inst. de Actionib.* sed pro socio tantùm est rei persecutoria.

Sexta concurrens actio est *ex vendito*: ut in casu *l. 69. Cum societas. ff. pro socio.* ubi socius ad emendum adscitus, si non præstiterit quod promisit, nempe epulas nundinales, aut simile quid, potest & pro socio, & ex vendito actione conveniri.

Septimo: Interdum dubitatur utrum actio pro socio competat, an *præscriptis verbis.* Hîc adhibenda est distinctio Vlpiani *in l. 44. si margarita. digest. pro socio.* nempe, tunc demum dari pro socio actionem, si res æstimata certa lege vendenda data sit, animo contrahendæ societatis: sin minus, tunc præscriptis verbis agendum est.

Octavo, Etiam quæri solet aliquando, cum sc. interposita est stipulatio, utrum actio *ex stipulatu*, an vero pro socio, an utraque simul detur. Hîc utemur distinctione tradita *in l. 41. si quis in socio, cum leg. seq. item l. 71. duo. ff. pro socio.*

Nono: Ad hunc locum de concursu actionum, sive de affinibus remediis pertinent etiam *cautiones* sive *satisdationes*, quæ interdum inter socios interponendæ sunt in judicio: ut est *in l. 27. Omne æs alienum. in fin. & l. 38. pro socio arbiter. in pr. ff. pro soc.* facit huc *l. 41. In omnib. ff. de judiciis.*

CAPVT

CAPVT DECIMVMQVARTVM.

DE RERVM COMMVNIONE.

SIcut ſocietas eſt communio rerum voluntaria ex præcedente tractatu, & ex conſenſu orta: ſic rerum communio eſt ſocietas neceſſaria, & incidenter nata. De illa diximus *capit. præced.* de hac reſtat ut agamus *ſub hoc capit.* atque ita concludamus catalogum Contractuum & Quaſi contractuum ab Vlpiano hîc propoſitum. Erit autem hîc explicatio tantò facilior & brevior, quantò plura jam anteà de rerum communione, id eſt, de hoc Quaſi-contractu attigimus, in comparatione ejus cum vero contractu ſocietatis, quam paulò antè inſtituebamus. Videantur etiam tradita *in §. Item ſi inter aliquos. & §. Idem juris. Inſtit. de obligat. quæ quaſi ex contract.* In ſumma, ſi duobus vel pluribus eadem res ſit legata, vel donata inter vivos aut mortis cauſa: ſi per fideicommiſſum relicta & reſtituta: item, ſi duo pluresve coheredes vel teſtamento inſtituti, vel à lege alicui ab inteſtato ſint dati: hi omnes ſibi invicem ex iſto quaſi contractu rerum communionis obligantur. Ex vero contractu obligati non poſſunt dici: quia nihil inter ſe contraxerunt: Nullus enim verus ac proprius contractus eſſe poteſt, ubi deeſt conſenſus. Neq; conſenſus tales conjunxit, ſed res, ut ait Paulus: *Res*, id eſt, eventus ſive caſus: quia ita contigit fortè fortuna. Non poſſunt etiam tales dici ex maleficio obligati eſſe. Quid enim deliquit, quem alius voluit eſſe alterius, vel etiam plurium aliorum, collegatarium: condonatarium, id eſt, ſocium donationis: confideicommiſſarium: vel coheredem? Tantum certè abeſt, ut talis aliquis delinquere cogitaverit, (dolo enim caruit) ut ne quidem de contrahendo ullam ſuſceperit cogitationem. Conſenſu enim deſtituitur quoad hanc quidem rem de qua agitur. Placet autem quod admonuit Ant. Delrio *cap. 17. ad hanc legem noſtram*, quamvis non poſſimus dicere, aliquem ſibi elegiſſe principaliter & directò coheredem vel collegatarium, vel cæterorum aliquem: tamen verum eſſe, quod ſaltem per conſequentiam cenſeatur ſocietatem ejus, ſive communionem cum ipſo, approbaſſe, hoc ipſo videlicet, quòd legatum vel fideicommiſſum vel donationem vel hereditatem, ſibi cum alio, vel aliis, communem acceptaverit: cùm poſſet illa repudiare: meminiſſe quippe poterat illius Terentiani, quod in proverbium abiit, *aut hæc cum illis habenda ſunt, aut illa cum his omittenda.*

Cognito jam inter quos & ex quibus cauſis exiſtere ſoleat rerum communio: videamus quid in hoc caſu Quaſi-contractu ex natura ejus præſtari ſoleat ac debeat.

REGULA eſt: *Rerum communio recipit dolum & culpam.* (ſcil. levem: Lata autem ſub dolo, ut ſemper in contractibus, comprehenditur.) Probatur hæc regula per *ipſam l. noſtram*, ubi manifeſtè rerum communio illis annumeratur con-

contractibus, qui recipiunt dolum & culpam, non etiam diligentiam, h.e. levissimam culpam. Eadem regula aliis verbis ita concipitur: *In judicio Communi dividundo veniunt dolus & culpa*: ut ajunt Impp. *in l. pen. C. commun. divid.* Item *in judicium familiæ ercisc. veniunt omnia, quæ quis in hereditate* (intellige communi cum alio vel aliis,) *dolo aut culpa fecerit*, ut ait Vlpianus *in l. 6. & puto §. 2. sed & si dolo vel culpa. ff. fam. ercisc.* Rursum aliis verbis eodem sensu: *Non tantùm dolum, sed & culpam, coheres in re hereditaria præstare debet*: ut inquit Paulus *in l. 25. heredes. §. non tantùm. 16. ff. fam. ercisc.* poteram idem paucioribus verbis dicere: *quæcunque dicta sunt de societate, quoad doli & culpæ præstationem, eadem omnia etiam in rerum communione valent.* Ratio cur ista præstanda sint in hoc q: contractu, est eadem quæ in societate: nempe, quia utriusque utilitas hic vertitur. *argum. l. 5. §. 2. vers. sed ubi utriusque. ff. commodati.* Non minus enim utile est uni, quàm alteri, vel cæteris coheredibus, aut collegatariis, rem ipsis communiter esse donatam, vel per legatum aut fideicommissum, aut heredis institutionem relictam, vel per successionem legitimam ab intestato delatam, & acquisitam. Aliena igitur & impertinens mihi videtur ratio regulæ nostræ, quæ adfertur *in d. l. 25. §. non tantum. ff. famil. ercisc.* quoniam cum coherede non contrahamus, sed in eum incidamus: quod nihil aliud est dicere; quàm, hic non est verus & proprius, sed quasi contractus. Sed hinc non efficitur necessariò, quòd coheres coheredi præstare debeat dolum & culpam, & hanc vel illam speciem culpæ, hunc vel illum gradum. Exemplum culpæ in re communi præstandæ extat elegans *in l. 20. si is cum quo ff. comm. divid.* Erat mihi tecum fundus communis (puta ex titulo donationis vel legati vel fideicommissi, vel successionis universalis testamentariæ, sive legitimæ ab intestato, sive Iure civili, sive Iure prætorio: nihil enim interest quoad hanc rem, unde & quomodo fundum nacti simus) tu dilectu per bellum indicto, ut dicitur *in l. 4. §. 12. Eum qui filium. ff. de re milit.* de dilectum non respondisti, nempe ideò, ut detrectares munus militiæ: quod olim gravissimum erat delictum, ut docet Arius Menander *in d. l. 4. §. 10. gravius. ff. de re milit.* & Iust. Lipsius *de milit. Rom.* Habeatur enim detrectator militiæ non alio loco, quàm proditor libertatis: ideoque in servitutem redigebatur pœnæ causâ. Erat etiam alia pœna, videlicet, ut motu Iudicis villa ejus vel domus eruatur, item ut arbusta succiderentur, &c. quod docet nos Pomponius *in alleg. l. 20. ff. communi dividundo.* quia igitur tu culpa tua occasionem præbuisti huic damno in re communi nobis dato, æquum est, ut omne detrimentum mihi præstes communi dividundo judicio. Obiter etiam ex eadem l. 20. notandum est, olim domos etiam dirui solere pœnæ causa: quod & nostris temporibus in quibusdam regionibus usurpatur: qua de re dixi *in notis ad Guntherum libro octavo.* Videatur etiam Duarenus *libro primo disputat. capite quarto.*

Sed obstare videtur regulæ nostræ *dicta lex 25. §. non tantum. ff. famil. erciscund.* ubi dicitur coheredem non debere præstare diligentiam, qualem diligens paterfamiliâs præstat. Significat ergò Paulus, si coheres præstat latam culpam & dolum, de levi ipsum non teneri. Respond. Illis verbis non significari vel exclu-

di le-

di levem culpam, quæ certè maximè præstanda est in hoc quasi contractu: sicut patet non tantum ex aliis locis, verum etiam ex eadem lege nostra, *initio dict. §. non tantum*, sed excludi levissimam culpam, & positivum hîc usurpari pro superlativo gradu: *diligens* paterfamliâs pro *diligentissimus*: quod non esse novum aliâs demonstravi; cum aliis ex locis tum ex *l. 21. C. mand.*

Restat ut postremo loco de ACTIONIBUS explicemus, quæ dantur ex communione rerum: tum deinde etiam de aliarum actionum concursu.

Igitur ex rerum communione duæ præcipuæ actiones nascuntur, *Communi dividundo.* & *Familiæ erciscundæ*, id est, dividendæ hereditatis. Sic enim nominatur hæc actio *in l. 3. & l. 21. si cogitatione. Cod. familiæ erciscund.* Nam *familia* inter cætera significat res hereditarias, ut est *in l. 195. pronunciatio. §. 1. familia. ff. de verborum signif.* ubi allegatur Lex XII. tabularum, in qua hæc fuerint verba *agnatus proximus familiam habeto. heres esto.* *Erciscere* autem prisca lingua Latina idem est quod dividere. Nam ita Festus vel potiùs abbreviator ejus Paulus, *Ertum citumque fit inter consortes, ut in Libris Legum Rom. legitur. Ertum à coërcendo dictum, unde & Erciscundæ & ercisci: Citum autem est vocatum à ciendo.* Et idem Paulus *dissertiones* exponit *divisiones patrimoniorum*: sed legendum additâ litera c. *disertiones* Cujacius *in paratit. C. familiæ erciscund.* testatur, se apud eundem Festum legisse *inercta* pro *indivisa*: quod equidem nondum potui reperire. Similiter *viæ erciscundæ* legimus apud Apulejum *in libr. Metamorph.* pro *finium regundorum*, ut notat Cujacius in *paratitl. Cod. ad d. tit. finium regundorum.* Prior actio datur ei, qui rem ex alia causa quàm hereditaria communem habet cum altero: sive ex voluntaria societate, sive ex necessaria, communio sit orta: & datur ad rem communem dividendam, & ad præstationes personales. *l. 4. §. 3. sicut. ff. communi dividundo.* & dixi *capit. præcedent.* propterea mixtum esse hoc judicium pattim in rem, partim in personam. Posterior actio tantum datur coheredi, sive ei, qui rem cum alio, vel pluribus aliis, ex causa hereditaria communem habet: nec refert, utrùm ex testamento, an ab intestato, Iure civili an honorairo, hereditas sit communis. *l. 2. & l. 24. sed & ejus. §. 1. ff. famil. erciscund.* Et hæc quoque actio ex duobus constat: ex rebus, & ex præstationibus personalibus. *leg. 22. Item Labeo. §. 4. familiæ ff. Famil. erciscundæ.* Potest tamen etiam inter coheredes agi communi dividundo: ita ut res tantum communes, & quæ inde pendent, in illud judicium deducantur: de cæteris verò in integro sit, vel salvum maneat, judicium familiæ erciscundæ, ut docet Paulus *in lege decimaquarta, inter coheredes. ff. familiæ erciscundæ, in princip.* Item si actum sit familiæ erciscundæ, ut res aliquæ remanserint indivisæ, de illis potest agi communi dividundo, teste Vlpiano *in l. 20. si filiam. §. 4. famil. erciscund. ff. eod.* Debet quidem Iudex sive arbiter familiæ erciscundæ operam dare, ut nihil indivisum relinquat: teste Paulo *in l. 25. heredes. §. penultim. ff. familiæ erciscundæ.*

Sed tamen fieri potest, ut quædam res ipsius animadversionem diligentiamque effugerint: vel etiam ut coheredibus tempore judicii fuerint aliqua incognita, quæ posteriùs demùm emerserunt, & ad notitiam ipsorum pervenerunt, ac de illis adhuc salva manet communi dividundo actio. Ex his igitur liquet etiam coheredes aliquando communi dividundo agere: sed familiæ herciscundæ alios, qui non sunt coheredes, agere non posse: quod etiam satis testatur *l. 36. & l. 49. qui erat heres. ff. famil. ercisc.* Ratio est, quia quicunque sunt coheredes, iidem etiam inter se communem habent rem, vel potiùs universitatem rerum: sed non contrà, quicunq; habent rem inter se communem statim sunt coheredes, possunt enim multis aliis ex causis rem communem habere.

Diligenter autem notandæ sunt differentiæ: primò, inter has duas actiones *Communi dividundo*, & *Familiæ erciscundæ*: deinde inter *Actionem Familiæ erciscundæ*, & *petitionem hereditatis*.

Communi dividundo actio ita differt à Iudicio familiæ erciscundæ, 1. Quod familiæ erciscundæ judicio amplius quàm semel agi non possit; nisi causa cognitâ. *l. 20. §. familiæ ff. famil. ercisc.* non potest, inquam, facilè iterari hæc actio, nisi ex magna causa, quam cognoscere debet prætor an sit satis justa & gravis, ut denuò eam concedere debeat: sed communi dividundo sæpiùs agere potest, videlicet quoties aliqua res indivisa est relicta. *l. 4. §. 2. hoc judicium. ff. communi dividundo.* Diversitatis ratio illa est, quia actione familiæ erciscundæ agitur de universitate rerum: sed communi dividundo actio est singularis sive de rebus singulis, singularia autem possunt sæpius iterari: sed universalia non item. 2. differunt: quòd plenior actio est Familiæ erciscundæ, quàm cõmuni dividundo. In illa enim veniunt non tantùm ea, quæ in bonis erant tempore mortis, sed etiam quæ ex bonis, ut si quæ res fuerint penes defunctum depositæ, vel ei commodatæ, vel pignori datæ, &c. *l. 29. ff. familiæ erciscund. cum similib.* Hæc autem quæ ex bonis sunt, in communi dividundo actionem non veniunt, sed ea tantùm quæ in bonis fuerunt, quamque communia.

Petitio hereditatis & Familiæ erciscundæ etiam differunt: 1. in eo, quòd qui hereditatis petitionem intendit, is ait se heredem esse, negat verò adversarium esse heredem, sive facit ei controversiam hereditatis, sed confitetur etiam heredem esse. *l. 51. fundus. §. 1. in verb. te ex parte dimidia heredem esse confiteor. ff. famil. ercisc. & l. 1. §. 2. vers. Etsi possessor. ff. si pars hered. pet.* Nec obstat *l. 87. qui familiæ. ff. famil. erciscund.* ubi Scævola scribit, *Qui judicio famil. ercisc. agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem.* Quam antimoniam ut solvat Accursus valdè se torquet, & varia tentat. Cujacius simplicissimè *lib. 9. observat. cap. 36.* delet negationem: secutus auctoritatem Græcorum, à quibus dicit abesse particulam *non*, Aliter Hotomannus *lib. 4. observat. 20.* Secunda differentia est: quòd in petitionem hereditatis veniunt quædam, quæ in judicium Familiæ erciscundæ non deducuntur. *l. 57. §. 1. ff. fam. ercisc.* Est igitur Petitio herditatis plenior actio quàm Familiæ erciscundæ.

Cogni-

Cognitis differentiis, quæ sunt inter Familiæ erciscundæ & communi dividundo actiones, annotemus etiam ea, in quibus conveniunt hæc duo judicia. Prima igitur similitudo in eo consistit: quod utraque actio mixtam habet causam; sive ex duobus constat, ex rebus, & præstationibus, ut & paulò antè dixi ex *l. 22. Item Labeo. §. familiæ. ff. fam. ercisc.* & ex *l. 4. §. sicut. ff. communi divid.* idemque habetur in *§. quædam. Instit. d. Action.* & facit huc *§. si familiæ. & §. seq. Inst. d. offic. Iud.* Cujus generis etiam actio est Finium regundorum & Petitio hereditatis. Est enim in Iure hæc quadriga actionum mixtarum, ut eleganter vocat Cujacius *ad tit. C. Finium regund.* Altera similitudo est: quòd utraque actio est duplex: id est, uterq; ibi est & actor & reus *l. 44. Inter coheredes. §. 4. qui familiæ. ff. fam. ercisc.* Qua in re etiam conveniunt cum actione finium regundorum. Nam in hac quoque singulæ personæ duplex jus habent, agentis scil. & ejus cum quo agitur, h. e. Rei. *l. 10. Iudicium. ff. fin. regund.* Hic obiter notandum est: differre inter se judicia *duplicia* & *mixta*: ne quis fortè per imperitiam hæc confundat. Nam *Duplicia* dicuntur illa in quibus uterque & rei & actoris personam sustinet: tametsi pro actore is potissimum habeatur, qui prior provocaverit ad judicium & divisionem. *l. 2. §. 1. ff. communi divid. l. 10. ff. fin. regund. & l. 13. in tribus. ff. de judic. l. 37. actionis. §. 1. ff. de obl. & act.* potest enim unus etiam provocare & petere arbitrium familiæ erciscundæ, vel communi dividundo: quantumlibet invitis cæteris. *l. 43. in arbitrium. ff. fam. hercisc.* Sed *Mixta* judicia sunt; quæ partim sunt in rem, partim in personam: sive quæ constant ex duobus, nempe ex rebus, & ex præstationibus, ut paulò antedictum. Aliquando tamen hoc discrimen verborum negligitur: & duplices actiones dicuntur etiam *mixtæ*, ut *d. l. 37. ff. de obligat. & act.* unde intelligimus *mixtas actiones* duobus modis usurpari: quarum tamen alter impropriam habet significationem, nempe quando pro duplici actione usurpatur. Quæret quispiam: quid fiet ergo, si ambo vel plures provocent simul ad judicium sive arbitrium, uter vel quisnam tunc habebitur loco actoris? Respond. Ex Vlpiano, hîc sorte rem dirimendam esse. *l. 14. ff. de judic.* Quomodo & aliàs hoc remedium adhibetur tollendis controversiis, ut sors sit arbitra. *l. 5. ff. fam. ercisc.*

Tertiò conveniunt hæ duæ actiones, in eo, quod utraque est legitima: h. e. ex Legibus XII. Tabb. proficiscitur. De Familiæ erciscundæ judicio disertè hoc testatur Cajus *in l. 1. ff. fam. ercisc.* Sed de communi dividundo quoque dubitatione omni res caret, cùm idem Cajus *lib. eod.* de illa tractârit: ut apparet ex inscriptione *l. 2. & l. 11. ff. commundi divid.* juncta inscriptione *l. 13. ff. de judic.* item *l. 3. l. 5. & l. 19. & 26. ff. fam. ercisc.* sicut etiam de actione finium regundorum *in eod. lib.* Cajus egit, ut apparet ex inscriptione *l. 3. ff. fin. reg.* quam actionem similiter constat per Leg. XII. Tabb. introductam esse ad exemplum legis Solonis. *l. fin. ff. fin. regund.*

Quartò in eo quoque conveniunt istæ actiones: quòd utraquè est bonæ fidei *l. 3. C communia utr. jud. l. 4. §. hoc judicium. & l. 6. §. pen. ff. communi divid.* Hinc duo consequuntur insignes effectus. Vnus quòd hîc ex mora præstandæ sunt usuræ. *l. 18. his. §. 3. sumpt. ff. famil. ercisc. & d. l. 6. §. pen. ff. commmuni divid.* Idque

ex generali naturâ & regula omnium Bonæ fidei judiciorum. *l. 2. C. Depositi. & l. 32. Mora §. in bonæ fidei. ff. d. Vsuris.* Alter effectus est, quod inæqualiter factum utrobique in melius reformandum est: id est, si quis in divisione per fraudem, vel dolũ, vel perperàm factâ, læsus sit; iniquitas illa debet corrigi. *l. 3. C. communia utr. jud. ubi. & glossa.* Sed hic illa est tenenda limitatio, si læsio illa excedat dimidium justi pretii, *junctâ l. 2. cum ibi traditis per Dd. inprimis Arium Pinellum, Cod. d. rescind. vend.* Quamquam si divisio initio facta sit dolosè, ita ut dolus causam illi præbuerit, ipso jure nulla est, etiamsi fortè minor esset læsio. *l. 7. Eleganter ff. de dolo malo.* Bonâ autem fide mutuo consensu terminata minimè possunt instaurari: ut est *in leg. 8. si inter Cod. communia utriusque judicii.*

Quintò conveniunt in eo, quod utrobique alter alteri tenetur de evictione: h.e. si factâ divisione inter coheredes, vel alios inter quos est communio, per arbitrium, vel ex conventione privata, nihil interest.) res uni fortè adjudicata vel assignata, fuerit evicta, id est, judicio ablata; puta quod esset alterius propria, qui eam vindicavit per in rem actionem tanquam suam, vel quod alteri jure ac nexu pignoris esset obligata &c. is cui sic evicta vel ablata est res, habet regressum adversus coheredes alios vel socios: cum quibus potest agere vel præscriptis verbis ex stipulatu, ut aliam rem ipsi dem in locum evictæ: aut ut pretium refundam rei evictæ: aut denique ut istud detrimentum pro parte agnoscam. *l. 7. si fratres. Cod. communia utr. judicii. l. 17. si familiæ. Cod. fam. ercíscun.* Sciendum est autem de evictione solere interponi cautiones inter dividendum. *l. 25. heredes §. penult. ff. famil. ercíscund. l. 20. item §. fin. ff. communi divid.* Cautiones accipere debemus, vel pro stipulationibus ultrò citroque inter coheredes interpositis, vel etiam de fidejussoribus hoc nomine datis. Neque enim est novum, ut pro evictione etiam fidejussores dentur, & talis fidejussor ob evictionem datus vulgò appellatur *secundus auctor*, teste Vlpiano *in l. 4. in princ. ff. de Evict. secundus* dicitur, respectu primi auctoris, qui est ipse venditor, quem sæpissimè etiam absolutè *auctorem* vocant ICti: unde & Actio Evictionis sæpe dicitur *Auctoritatis actio.* Vtroque casu, id est, sive interpositæ sint stipulationes inter ipsos coheredes, sive dati fidejussores ex stipulatu actio competit: priore quidem, adversus coheredem, vel alium socium: posteriore verò, adversus fidejussorem. Nam & fidejussor omnis per stipulationem accipitur. *§. fin. Institut. d. fidejussor. & l. 12. blanditus. Cod. eod. tit.* tametsi inter fidejussores & principalem debitorem, non ex stipulatu, sed Mandati actio nascatur: ut est *in §. si quid autem fidejussor. Institut. d. tit.* etiamsi amissæ fuerint cautiones & stipulationes de evictione: tamen adhuc alter alteri tenetur de evictione, perinde in bonæ fidei judiciis, etiamsi, ut ait Cicero *lib. 3. de Officiis*, linguâ non fuerint nuncupata: sive, quamvis de iis nihil expresè, actum, dictum, cautum, promissum, vel conventum fuerit. *l. 31. quod si nolit. §. quia assidua. ff. d. Aedil. edict. & præclarè Cicero in lib. 3. d. offic.* Imò etiam in stricti Iuris contractibus (quale constat

stat esse mutuum) quod agitur, in contrahendo scilicet, tacitè habendum est pro cauto, h. e. pro eo ac si expresè & nominatim fuisset promissum *l. 3. ff. si cert. pet.* Sed hoc casu, id est, si cautio expressa nulla intervenerit, dabitur actio præscriptis verbis. *dict. l. 7. C. communia utr. jud. & l. 14. C. famil. ercisc.* Ratio est *in l. 1. Communia utr. jud.* quia divisio obtinet vicem emptionis: perinde ut etiam permutatio illi est vicina. *l. 1. ff. de rer. perm.* perspicuum est autem in divisionibus & adjudicationibus fieri q. quandam permutationem. Intervenit quoque æstimatio justo pretio, sicut in emptione venditione. *l. 20. item. §. ult. ff. communi divid.* Aliquando tamen, nisi intervenerit stipulatio vel pactio de evictione, nulla ob eam datur actio, neque regressum habet is, cui res evicta est, adversus cæteros: quod accidit, si quis sciens rem in ea causa esse, ut evinci possit, (puta quia alterius propria, quia alteri oppignorata, quia ususfructus erat alterius &c.) tamen sibi eam adjudicari passus sit, ac receperit *d. l. 7. Cod. communia utr. jud.* Ratio est in aperto: quia sibi imputare debet, quia cum sciret rei qualitatem, non melius sibi caverit atque prospexerit. Iura enim vigilantibus scripta sunt, & subveniunt. *l. 24. pupillus. in fin. ff. quæ in fraud. cred. l. 4. ff. Quod vi aut clam.* Est & alius casus notabilis, quo cessat actio de evictione, nempe, si inter coheredes, vel alios rem communem dividentes, specialiter convenerit, ut unusquisque eventum rei susceperit, hoc est, ut suo periculo rem sibi adjudicatam vel adsignatam haberet. *L. 14. si familiæ. Cod. famil. erciscund.* Hujus enim pacti ea vis est, ut excludat & cessare faciat actionem de evictione: & ut agenti de evictione possit objici exceptio pacti, vel de dolo. Hæc de evictione ideo paulò pleniùs persequi volui: quia & quotidianum est hoc argumentum, & non satis expeditum.

Sextò, in eo quoque conveniunt ambæ actiones: quod divisio facta ab arbitrio non jure dato, sive, ut vulgò loquimur, ab incompetente judice, etsi per se non valeat, tamen possit confirmari consensu vel ratihabitione coheredum, vel sociorum: ut est *in l. 2. Cod. communia utr. jud.* cui non est absimilis casus *in l. 41. quædam mulier. ff. fam ercisc.*

Septima similitudo est in eo; quòd sicut in judicio familiæ erciscundæ judex vel arbiter in sententia ferenda debet subsequi voluntatem testatoris (intellige dummodo Iuri non sit contraria.) *l. 7. & l. 16. ff. filii & l. 21. si cogitatione. Cod. fam. ercisc. l. 18. his consequenter. §. idem quærit ff. eod. tit.* ita etiam in judicio communi dividundo Iudex sequi voluntatem & consensum sociorum debet. *l. 1. §. 1. & l. 21. Iudicem. ff. comm. divid.* Nec obstat, quod judicium dicitur reddi in invitum. *l. 83. Inter. §. 1. ff. d. verb. oblig.* Nam non negatur, aliquando etiam in volentes & consentientes consistere: neque hoc dicit Paulus, semper judicium reddi tantum inter invitos: Sed, quod probè notandum est, ait, *judicium etiam in invitum redditur*: quasi dic. non tantum inter volentes, Nequaquam igitur negat, interdum id etiam in volentes reddi.

Octavò, conveniunt hæ duæ actiones: quod res, quam coheres vel socius sibi emerit, quamvis ex pecunia communi, non tamen fiat communis; nec rectè petatur communicari: ut est *in nobili l. 4. si patruus C. comm. utr. jud.*

Nonò,

Nonò, conveniunt: quod utrobique instrumenta communia, ut tabulæ, rationes, cautiones, authenticæ, deponi debent apud eum quem elegerit præses vel arbiter divisionis. Eligere autem ille solet plerunq;, vel eum, qui majore ex parte est heres; vel qui natu maximus: vel si ex æquis portionibus omnes sint heredes, nec inter eos conveniat, sorte res expeditur; vel ex suffragio aut consensu eligitur aliquis apud quem deponantur. vel in æde sacra deponuntur, unde cum opus fueris depromantur, & copia eorum fiat, sive exhibeantur. Hac de re sunt *l.4.5.& 8.in pr.ff. famil. erciscund.& l. fin. ff. d. fide instrumentorum.* Hic obiter notandum est, *authenticum instrumentum & exemplum* inter se opponi multis in locis, ut *d. l. 4. fid. instrumentorum*, ubi Paulus cum exemplo conjungit & Indicem: vulgò Exemplum quidem vocant Eine Copey / & indicem Einen Extract: neutrum autem horum vim probationis habet; sed solum Authenticum *d. l. 2. ff. d. fid. instrum.* Dixi de his aliquid etiam *in Methodica Expositione Novellarum.*

Decimò, conveniunt in eo; quod in neutro judicio veniunt ea quæ communia esse desierunt: & utrumque ita demum datur, si corpora maneant communia. *l.1. in fin. ff. communi div. l. fin. C. communia utr. jud.* Ratio est: Quia divisio, quæ est harum actionum propria, in illis tantùm rebus locum habere potest, quæ sunt communes, non in iis, quæ jam sunt divisæ, vel ab homine vel ab ipso Iure, *argum. l.6. Ea quæ Cod. fam. ercisc. l. 2. §. fin. l. 4. in princip. l.25. heredes. §.1. ff. famil erciscund.*

Vndecimò: utraque actio est ex Quasi contractu *§. item si inter. & §. seq. Inst. de obl. quæ quasi ex contract. nasc.*

Duodecimo: utraque actio recipit adjudicationes, ut multis Iuris locis probari potest, & in primis *l. 55. si familiæ. ff. famil. erciscund. & titul. Institut. de offic. Iudic.*

Decimotertiò: utraque actio est perpetua: tum quia civilis est: tum quia rei persecutoria. *t.t. Inst. d. perp. & temp. act.*

Decimoquartò: in utraque actione debent æstimari universæ res, non singularum rerum partes. *l.52. Mævius §. fin. ff. fam. ercisc.*

Decimoquinto: Vtraque actio est non tantùm Directa, sed etiam Vtilis: & quidem utilis actionis creberrima occurrit mentio sub utroque *tit. ff. fam. hercisc. & communi divid.* quæ scil. tunc ex æquitate & utilitatis causa alicui accommodatur, quando directa locum habere non potest: ut videre licet in exemplis *l.2. §. 1. & l.40. si ex asse. ff. fam. ercisc. l. 6. in princ. & §.2. l.7. §. ex quibusdam & §. 6. si duo l.9. sed postquam l.29. si quis in fin. princ. ff. communi divid. & l. 11. in summa eod.* Quando aut absolutè nominatur hæc aut alia actio, potiùs Directa intelligenda est, quàm Vtilis.

Vltimò: In neutrum judicium veniunt ea, quæ scelere aliquo sunt quæsita; v.g. furto, rapina, latrocinio, peculatu, sacrilegio &c. *l. 4. §. sed & ff. fam. ercisc. l.7. §. inter prædones ff. communi divid.* Ratio est. quia utraque actio est bonæ fidei: ut suprà demonstratum.

Restat

Reſtat ut pauca de CONCURRENTIBUS ACTIONIBUS adjiciamus. Concurrit igitur. I. cum actione familiæ erciſcundæ etiam *actio Legis Aquiliæ de damno*: ſi videlciet unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit, & interleverit, vel corruperit. *l. 16. & puto. §. penult. & l. 17. ff. famil. erciſc.* II. Cum eadem etiam concurrit *Negotiorum geſtorum actio. l. 18. & 20. Cod. fam. erciſc. l. 3. l. 19. ab uno. Codic. de negot. geſtis. l. 31. ſi quis. in princip. digeſt. de procurat. l. 41. digeſt. ſi cert. pet.* videnda eſt tamen hîc diſtinctio tradita *in l. 25. §. non tantum. verſ. & ideò, ubi gloſſ. ff. fam. erciſc. & l. 6. §. 2. ſive digeſt. Comm. divid.* III. Concurrit etiam Mandati actio, ſi nimirum coheres unus alteri mandaverit, ut aliquid in communi hereditate gereret. *l. 20. in familia. C. famil. erciſc. & d. l. 31. ff. de procur.* IV. Concurrit *actio ex ſtipulatu*, ſi inter dividendum interpoſita ſit ſtipulatio inter coheredes vel ſocios. *l. 7. ſi fratre. Cod. communia utr. jud.* V. Concurrit *actio præſcriptis verbis*, ſi non intervenerit ſtipulatio. *d. l. 7. & l. 14. ſi familiæ. & l. 23. licet in f. Cod. famil. erciſc. l. 20. ſi filia §. 3. ſi pater. ff. eod.* VI. Concurrit etiam *petitio hereditatis*: ut *in l. 44. §. ſi coheredes. ff. fam. erciſc. & l. 51. §. ſi ergo à te ff. eod. tit.* Quantum autem interſit inter has duas actiones, ſuprà expoſui. VII. Quæritur, An non etiam inter cohæredes habeat locum *crimen expilatæ hereditatis?* Sed hoc negandum eſt. Sufficit enim familiæ erciſcundæ judicium, ad hoc, ut cæterorum cohæredum indemnitati conſulatur. *l. 3. fam. erciſcund.* Expilatæ igitur hereditatis crimen tantùm habebit locum adverſus extraneum, qui non ſit coheres. VIII. Similiter quæritur de *furti actione?* Sed hanc quoque ceſſare ſcribit Vlpianus *in l. 16. Et puto. §. fin. ff. fam. erciſc.* & ſufficere judicium familiæ erciſcundæ. Hæc de *familiæ erciſc. actione.*

Nunc de *communi dividundo judicio* videamus, quænam cum ea concurrant aliæ actiones. I. Cum ea quoque concurrit *Actio negotiorum geſtorum*, vel potiùs ejus loco datur. *l. 19. arbor. §. 2. ſi per eundem ff. communi divid.* II. Concurrit *actio præſcriptis verbis*, in caſu *l. 23. ſi convenerit. ff. communi divid.* quæ ibi appellatur *actio incerti civilis*, ut ſæpè alibi, maximè *in tit. d. præſcript. verb.* III. Concurrit *In rem actio Publiciana. l. 7. communi divid. §. qui in rem. ff. eod.* IV. Concurrit *Interdictum uti poßidetis. l. 12. ſi ædes. ff. d. tit.* V. Concurrunt, vel potius, pro actione communi dividundo ceſſante accommodantur, alia quædam interdicta, ut *interdictum unde vi*, item *de precario*, & *quod vi aut clàm. 7. §. 5. Iulianus. ff. communi divid.* VI. Datur etiam *Actio in factum prætoria*, adverſus eum, qui ne communi dividundo ſecum ageretur, rem transtulit in alium adverſarium quem apponeret ei cum quo rem habebat communem. *l. 34. communis §. 1. ff. communi divid. & t.t. ff. de alien. jud. mut. cauſ. fact.*

CAPVT DECIMVMQVINTVM,

DE ALIIS QVIBVSDAM CONTRACTIBVS AB VLPIANO in hac Lege prætermissis, quid in illis alterum alteri præstare oporteat.

ABsolutis huc usque illis contractibus, qui in hac lege enumerantur (Sunt autem numero 12. ut totum assem Vlpianus complere voluisse videatur.), non erit inutile, etiam alia quædam hîc prætermissa negotia adjungere & ostendere, quid in illis præstandum sit. Neque enim existimandum, quod exempla hîc allata restringant regulam: sicut neque aliâs exemplorum ea vis est aut natura. Horum alia pertinent etiam ad bonæ fidei contractus: (de quibus solis, & quidem de nominatis tantùm, non etiam de contractibus innominatis in h.l. tractari, jam suprà admonui.) alia sunt stricti Iuris: alia ad delicta vel quasi; alia denique aliò referuntur.

1. Quod attinet ad *Æstimatoriam præscriptis verbis*, quam recenset Imperator *in* §. *Actionum Institut. d. Action.* & Vlpianus *in l.* 1. *in fin. princip. digest. d. æstim. act.* Hîc periculum omne ad eum pertinet, cui res æstimata data est: sive id fiat venditionis causâ per ipsum faciendæ; ut scilicet pretium inde redactum reddatur ei qui rem dedit æstimatam: sive ut res sit in dote &c. Vbique enim hanc vim habet æstimatio, cuicunque etiam contractui sive negotio adjecta fuerit, ut faciat accipientem teneri de periculo rei; atque ita obligationem ipsius contractus intendat & augeat. *l.* 1. §. *fin. digest. d. æstimat. act. l.* 5. §. *commodatum, digest. Commodati. l.*10.*plerunque & l.si rem.cum duabus legibus sequentib.digest.de Iur. dot. l.* 1. *Cod. eod.tit. cum simil.* Quam rem & suprà attigi, cùm de contractu Dotis dationis explicarem.

Deinde de Rerum permutatione, unde orta actio præscriptis verbis etiam est Bonæ fidei, §. *Actionem Institut. d. Actionibus*, admonendi sumus: in ea regulariter hæc præstari: dolum, & latam culpam, etiam levem: non etiam levissimam: perinde ut etiam in emptione venditione, cui perquam vicina & similis est rerum permutatio. §. *item pretium. Institut. de emption. & vendit. l.* 2. *digest. d. rer. permutat.* tametsi non sit emptio. Neque enim simile est idem. *l.* 5. *Naturalis.* §. 1. *digest. d. præscript. verb.* Ratio igitur eadem quæ suprà dicta: nempe quia in permutatione quoqe versatur utriusque contrahentium utilitas. Valere igitur hîc quoque debet generalis regula tradita ab Vlpiano, *l.* 5. §. 2. *digestis Commodati.*

Atque ut summatim complectamur: De *innominatis* quoque *contractibus*: (qui sunt quatuor: *do ut des, do ut facias, facio ut des, & facio facias*: enumerati

merati & explicati diligenter à Paulo *in l. 5. naturalis*. §. 1. *& 3. seqq. digest. d. præscript. verb.* & ex parte attinguntur ab Vlpiano *in l. 7. Iuris Gentium*. §. 2. *sed etsi ff. de pactis.*) ita jus est: I. siquidem solius dantis vel facientis utilitas in illo contractu innominato versatur, tunc alter cui scilicet datur quid vel fit, regulariter tantùm de dolo & lata culpa teneatur: exemplo scilicet depositarii, ad quem proximè accedit. *l. 17. si gratuitam*. §. 2. *Papinianus. in f.* (aliâs est lex nova incipiens *si rem tibi inspiciendam*) *digest. d. præscript. verbis.* II. Si verò ad solius accipientis vel ejus cui quid fit utilitatem res omnis spectet: tunc non modò dolus & lata ac levis culpa, sed etiam levissima; sive exactissima diligentia, ab ipso præstanda est, exemplo Commodatarii. *l. 10. cum qui rem* §. 1. *ff. Commod. & l. 23. duo digest. d. præscript. verb. item. l. 78. rem inspiciendam. digest. d. furt.* III. Si denique tàm dantis quàm accipientis, & tàm facientis quàm ejus cui quid fit, utilitas in contractu innominato versetur, tum præstatur dolus lata ac levis culpa, non etiam levissima. *l. 5. Naturalis.* §. *& siquidem. l. 17. si gratuitam*. §. 1. *& 4. si cum mihi & l. 20. apud Labeonem*. §. *fin. digest. d. præscript. verb.* Ex quibus legibus etiam exempla peti possunt: quæ & absque interprete sunt facilia. Hæc trimembris distinctio satis ostendit, à Dd. non malè dictum esse, quod contractus innominati, regulentur secundum naturam nominatorum, ut Bartolus & alii *ad l. 5. digest. d. præscript. verb.* Sed obstare videtur distinctioni nostræ *d. leg. 17.* §. 2. *vers. secundum hæc. digest. d. præscript. verb.* ubi Vlpianus ait ex Papiniano, sine ulla distinctione, præstari dolum & culpam ei qui inspiciendum quid dedit; sive ipsius cui datur utilitas, sive utriusque hìc versetur in datione rei ad inspiciendum. Respond. per hæc verba non tollitur distinctio suprà allata: negatur aliquando præstandam esse culpam latam duntaxat, aliquando levem, aliquando levissimam, etiam in contractibus innominatis: sed in genere tantùm dicitur, semper præstari culpam ab accipiente: intellige pro diversitate tamen casuum diversa: nunquam verò periculum sive casum fortuitum. Hæc de regula in contractibus innominatis ejusque ratione dicta sufficiant.

Exceptiones quoque hìc sunt eædem, quæ in contractibus nominatis suprà sunt allatæ & sæpè inculcatæ: nempe ab hac regula aliquando recedi vel propter apposita pacta contractibus, quibus hìc quoque si adjiciantur vis legis inest: vel propter culpam præcedentem, vel propter moram &c.

Quæri potest de *petitione hereditatis*, quid in ea veniat præstandum? Respondendum si hereditas petatur ab alio possessore, qui non sit coheres (Nam inter coheredes, regulariter potius datur familiæ erciscundæ actio, de qua suprà dixi) tunc bonæ fidei possessor, post litem contestatam præstabit dolum, latam ac levem culpam: ut etiam in speciali in rem actione, sive Rei vindicatione, receptum est, ut rectè hìc monet Antonius Contius *pag. 48.* per *l. Et non tantùm. digest. d. petit. heredit. & l. si servum. digestis de verborum obligation. & l. qui petitorio.* §. 1. *cum l. si culpa. & l. si a bonæ fidei. & leg. item digest. d. R. V.* Quæritur de *Stricti Iuris judiciis*,

quid in illis veniat præstandum? Putabat Eguinarius Baro, Idem in his dicendum, quod in Bonæ fidei judiciis. *dict. l. 17. si gratuitam. §. 2. digestis de præscriptis verbis.* ubi Vlpianus in contractibus etiam innominatis stricti Iuris videtur velle, quod sit locus regulæ, quam alibi tradidit de Bonæ fidei judiciis, ut *in dict. l. 5. digestis Commod.* Sed hanc sententiam refellit idem Contius *pagina 46.* eumque, tacito licet nomine ejus, secutus Delrio *capitulo decimo octavo in commentar. ad hanc legem.* Nam exemplum ibi allatum quàmproximè accedit ad contractum æstimatorium aliosque bonæ fidei contractus: sicut etiam illud negotium quod habetur in *l. rogasti. 11. digestis de rebus creditis.* Ex eo igitur loco non est sumenda generalis regula de quibuslibet contractibus stricti Iuris: quin potius regula in contrarium est constituenda; videlicet in illis contractibus strictis regulariter non venire culpam seu negligentiam ac desidiam. *l. 5. digestis de Rebus credit. l. 23. si ex legati. & l. 91. si servum. in principio digest. d. Verborum Obligat. & leg. 3. in principio vers. Proculus. d. cond. causa non secut.* Dices, cur in *Mutuo* etiam periculum præstandum est ab eo qui accepit? Respondetur Id duabus de causis fieri. 1. Quia dominium ibi tranlatum est in accipientem, sicut etiam in re æstimata data fieri suprà dixi: *l. 10. digestis d. Iure dotium. l. 1. d. Æstimator. action.* 2. Quia in mutuo non debetur certa species sive corpus aliquod. verbi gratia, isti centum aurei qui sunt in sacculo vel in arca; sed genus, id est, in genere debentur centum aurei. Iam verò genus interire non potest *l. 11. Codic. si cert. petat. l. 1. §. is quoque digestis d. obligationibus & actionibus. & §. 1. Institut. Quibus modis re contrah. obl. & l. 1. ratione §. incertæ ff. ad l. Falc.*

Diximus de rebus ex contractu debitis vel quasi contractu: sed quid Iuris est *de rebus ex ultima voluntate voluntate debitis*: puta ex legato vel fideicommisso: quarum rerum nomine datur *Actio ex testamento*: ut notum est *ex initio tituli Institut. d. legat.* & aliæ quoque prætereà actiones, ut ibidem explicatur? Petrus antiquus glossator distinguebat; ut si quidem heres magnam, legatarius autem vel fideicommissarius exiguam utilitatem ex legato vel fideicommisso percepisset; tunc heres teneatur de dolo, lata, levi ac levissima culpa. Et hanc distinctionem approbavit & secutus est etiam Bartolus. Sed hanc Antonius Contius *pagina 47.* refellit: ut quæ semper sibi falsa visa fuerit. Ipse igitur verius esse putat, ut inter legata & fideicommissa distinguamus: & dicamus, in illis quidem præstare heredem omnem culpam & diligentiam per *l. eum res. paragraph. culpa. digest. d. legat. 1.* In fideicommissis autem ut spectemus, an alterius tantùm commodum ibi versetur, & tunc heres teneatur de dolo & lata culpa. *l. mulier. 22. digestis ad S. C. Trebellianum.* an verò utriusque commodum, & tunc de dolo & lata ac levi culpa præstanda tenetur. *l. 108. si servus. paragrapho cum quid digestis d. legat. 1.* de qua lege videndus etiam Cujacius *in tractatu ad Affrican.* Ideò autem ait Contius non tantam custodiam cogendum esse heredem adhibere fideicommisso, quantam legato: quia legatum recta via transit à defuncto ad legatarium post illius mortem. *l. A Titio. 64. digestis de furtis. & l. 80. legatum. digestis de legat. 2.* ut

ita

ita statim fiat aliena res etiam ante traditionem: quia hîc ipsa lex, sive jus ipsum, transfert dominium: fideicommissum verò permanet in dominio heredis, donec id restituat fideicommissario, cui relictum est: non mirum ergò, quòd in ea re tanquam sua & propria possit negligentiùs versari. *l. 21. Cod. Mand.* Sed de hac distinctione Contij inter legata & fideicommissa, quantumvis probabili, ut dubitemus, facit *l. 2. C. communia de legat.* & *locus in pr. Inst. tit. de legat.* ubi hæc duo dicuntur inter se exæquari. Contius tamen negat hac in re exæquationem esse factam, sed adhuc differentiam, quæ erat Iure veteri, manere firmam: sicut & Giphanius *in comm. C. ad cand. leg.* contendit, contra communem opinionem, quam & Donelius sequitur, in multis Iuris articulis adhuc differentias aliquas inter legata & fideicommissa etiam post illam *l. 2.* remanere. Delrio certè discrimen illud hac in re negligit: & tàm in fideicommissis quàm in legatis putat sequendam esse eandem distinctionem trimembrem, quam suprà in hac l. exposui, & ad quam sæpè recurrendum fuit, ex *l. 5. §. 2. ff. Commodati.* In qua sententia *hîc* etiam est Giphanius.

Quæritur quid præstari debeat ab eo, qui, *petita bonorum possessione, contra tabulas, conferre debet aliquas res.* Respond. ex *l. 2. paragr. de illis. de collat. bon.* hunc teneri de dolo & lata ac levi culpa: Et meritò: quia collatio imaginem quandam continet societatis; in qua ista præstanda esse suprà diximus. Quæritur de *Iurisconsulto, Adsessore, & Advocato*; ad quid illi teneantur: si fortè primus consilium dedit clienti quod ei nocuerit, & alter Iudici, & tertius patrocinium præstiterit non tàm salutare quàm noxium? Et dicendum videtur, hos non teneri de levi culpa, sive imperitia, sed tantùm de dolo, cui etiam lata culpa annumeranda est. Hæc & Iasonis & Zasij olim fuit sententia, probata etiam Giphanio & Ant. Delrio *ad h. l.* Cujus ratio est: tùm quia is qui minùs peritum vel consultum Iuris adhibuit, sibi hoc debet imputare, cum potuerit adire peritiorem. *l. 1. §. 1. l. 3. ff. si mensor. fals. mod. dix.* tùm quia Iudex sive Magistratus non cogitur sequi consilium & sententiam sui adsessoris: sicut & aliàs consilium positum est extra necessitatem parendi.

Quæritur ulteriùs de *Magistratu & Iudice*, quid ille præstare teneatur? Et quamvis Baldus aliiq; distinguant inter eos qui non sponte sua Magistratum susceperunt: quos volunt tantùm præstare dolum & latam culpam: & inter eos qui sua ambitione & cupiditate impulsi, affectârunt honores: ut hi etiam de levissima culpa teneantur: cùm videantur polliceri peritiam & diligentiam exactam: tamen magis probo sententiam Giphanij & Antonij Delrio, quòd indistinctè quilibet Magistratus regulariter teneatur de lata ac levi culpa tantum: idq; exemplo tutorum: cùm & Cicero *in offic.* procurationem Reip. sive Magistratus administrationem, comparet cum tutela. Nam utrumque munus est publicum & necessarium, quod & invitis imponitur: utrumque finem habet sibi propositum, aliorum utilitatem potiùs quàm gerentis. Interdum tamen pro diversitate casus etiam ad summam & exactissimam diligentiam Magistratus tenetur. *l. 1. & l. 4. ff. de Magistr. conven.*

Quod idem etiam de Iudice dicendum & omnibus iis, qui quoquo modo Reipublicæ inserviunt: itemque qui in re militari ordines ducunt: ut notat Giphanius *hic*.

Quæritur quid Iuris sit in *Apparitoribus sive Officiariis*, quorum fidei & curæ comissæ sunt res arresto obstrictæ. Respond. Hi quoque exemplo tutorum & Magistratuum de dolo, lata ac levi culpa tenentur. Ita P. Peckius *in tract. de Iure sistendi, c.*30. post P. Rebuffum, & alios.

Quæritur porrò de *Agri mensore*. Est autem Agri-mensor, vel simpliciter Mensor, is, cujus opera & artificio utimur in demetiendis agris sive fundis & regundis finibus Germanicè **Feldmesser**. De quo si quis quærat, cur non ad titulum *Locati* fuerit relatus: sed à vulgari locatione hoc negotium separetur: dicam hoc fieri propter artis præstantiam & nobilitatem, quæ non patitur talem operam venire in locationis contractum: sicut neque Iuris civilis scientia pretio nummario dehonestanda est, cum sit res sanctissima. *l.* 1. §. 1. *ff. de extraord. cogn.* Respond. ad propositam quæstionem: hunc regularter tantum de dolo & lata culpa teneri. *l.* 1. *ff. si mensor. fals. mod. dix.* Aliquando etiam de imperitia tenetur, in subsidium nempe, quando is, qui lucrum percepit ex falsa ejus dimensione, non est solvendo. *l.* 3. *ff. dict. t.* Quid de *Receptoribus, Nautis, Cauponibus & Stabulariis* dicendum est? Respond. Si quis horum aliquas res viatoris sive hospitis vel vectoris salvas fore receperit; is tenetur de dolo, lata ac levi culpa; imò etiam de custodia. Quare si quid ex aliqua harum caussarum fortè perierit, vel amissum fuerit, ejus periculum atque amissio pertinebit ad receptorem: dummodò non amissum sit vi aliqua majore, sive fatali damno. *l.* 1. *& l.* 3. §. 1. *ff. naut. caup. &c.* Quod probè notandum est, maximè viatoribus, etiam contra nostri temporis caupones; quibus asservandum aliquid commiserimus.

Porrò quæritur etiam de *Proxeneta*, quem Latini *pararium* vocant, Germani, **Ein Vnterhändler**/ Græci μεσίτην quales sunt, v.g. qui inter duos medii interveniunt ad contractum aliquem promovendum vel conciliandum; puta ut inter aliquos fiat emptio venditio, vel permutatio; vel ut mutuum detur & accipiatur: Item ut societas, ut matrimonium contrahatur, &c. quibus quod pro sua opera datur præmium, appellatur *proxeneticum. t. t. ff. de proxen. & ibi Cujac. in paratitl.* Respond. Proxenetas teneri tantum de dolo & lata culpa. *l.* 2. *in pr. ff. de proxen. l.* 8. *ff. de dol. mal. & l.* 10. §. *si quis. ff. Mandat* Ratio est: quia qui operam præstat alteri proxeneticam, non est absimilis consilium danti: ex consilio autem suo, dummodo fraudulentum non sit, nemo obligatur. *l.* 47. *consilij infra h. t. & dixi. suprà cum explicarem de obligatione mandat.* Non erit igitur proxenetæ fraudi, etiamsi quid dixerit ad commendationem & laudem vel rei vel personæ, supra fidem veri, rem vel personam extollens: cum id ad officium ejus pertinere videatur. Exemplum ferè quotidianum est in conciliando matrimonio, vel mutuo, vel emendo ac vendendo, &c. Qui verò nimis fuerit credulus proxenetæ, atque ita captus est; sibi hoc imputet, suæq; facilitati, quod non melius rem exploraverit aliunde,

& so-

& solius pararii fidem secutus sit. Hic enim à se ipso potiùs quàm ab alio decipitur. Nam ipsi quoqe venditori multa dicere licet ad commendationem & laudem suæ rei, quam cupit vendere; & quidem quàm carissimè potest. *l. 8. C. de rescind. vend. & l. 43. ea quæ. ff. de contrah. empt. & l. 37. ff. de dol. mal. & l. 19. ff. de Ædil. edict.* (secundum illud vulgatum,

Laudat venales qui vult extrudere merces.

Quæ tamen liberum est emptori credere vel non credere: ideoque si per illam laudationem læsus sit, non de venditore, qui fecit quod Iura ipsi permittunt, & quod consentit ipsius voto carissimè rem vendendi, de quo est *in d. l. 8.* sed de se ipso conqueri debet, cum possit ipsi objici illud proverbiale, *Disce cautiùs mercari. l. 2. C. de furt.*

Quæritur etiam de *Prælato Ecclesiæ vel Monasterij*, id est, de Episcopo vel Abbate, quid ille præstet? Et Respondendum præstare quicquid per negligentiam commiserit: hoc est, teneri etiam de levi culpa: adeoque ob eam etiam deponi posse ab officio. Ita Gloss. *in distinct. 81. & in cap. non omnes. 2. quæst. 7. & in Can. sæpè fit. 12. quæst. 2.* Hic tamen addendum est, non debere id quod à prælato factum sit obesse Ecclesiæ vel Monasterio cui præest. Neque enim quod pastor iniquè gesserit, Ecclesiæ fas est in damna refundi, ut ait Gunther. *lib. 2. de gest. Frid. infra.* ubi ante oculos habuisse, & indicare voluisse videtur locum Gregorij Magni, *libr. 11. Epistol. 50.* quia delictum personæ in damnum Ecclesiæ non est convertendum; quod dictum refertur à Gratiano *in c. 3. si Episcopum. 16. quæst. 6.*

Restat sub hoc cap. ut videamus quid *in Delictis* præstetur. Et certi juris est; In veris ac propriis delictis requiri dolum: sive quæ non comittuntur. In contractibus quidem sub dolo continetur etiam lata culpa: & illi æquiparatur, & propè dolum accedere dicitur: imò etiam esse dolus, ut suprà probavi legibus multis, cùm de lata culpa, quibus addi potest *l. de ætate. §. pen. ff. de interrog. in jure fac.* verùm in delictis tam privatis quàm publicis (quorum hæc propriè *crimina* dicuntur) aliter se res habet. Ibi enim lata culpa sub dolo non comprehenditur: imò à dolo distinguitur: non quidem ut planè sit impunita: sed ut mitiùs puniatur, & extra ordinem. Nam in delictis semper requiritur, ut dolo malo & calliditate quadam & improba voluntate quid factum sit, nec sufficit lata culpa ad hoc, ut verum sit delictum, & ordinaria pœna dignum. *l. 50. In furti. §. 2. & l. 90. §. 1. in pr. ff. de furt. l. 1. in pr. l. 3. & l. 5. ff. de serv. corr. & l. 7. in l. Corn. ff. ad l. Corn. de sicar.* unde etiam fit, ut qui doli capaces non sunt, delictum verum non committant: quales sunt furiosi & dementes, & nonnulli quoque impuberes, nempe qui non sunt proximi pubertati. *l. 23. impuberes. cum l. seq. & d. l. 90. ff. de furt. §. in summa. Instit. de obl. quæ ex del. &c. & l. 3. §. 1. de injur. l. 14. Divus. ff. de offic. præsidis. cum simil.* Dixi de veris delictis, ea sine dolo malo non committi, neque ab illis qui doli non sunt capaces Excipitur Damnum injuriâ datum. Nam in actionem L. Aquiliæ venit non tantum, si dolo & lata culpa quid factum sit, verum etiam si levi: adeòque in levissimâ. *§. injuria. versicul. at ne is quidem. Instit. de lege Aquilia. & leg. quadragesima quarta. In lege. digest. ad legem Aquiliam.* Ratio videri potest apud Hotomannum *in*

Institution. Aliud est in quasi delictis sive impropriis. In his enim lata culpa spectatur, & imprudentia quoque. *t. t. Instit. de obligat. quæ quasi ex delict. nasc.* Non est omittendum, in delictis teneri delinquentem etiam de mora. Nam fur, v. g. semper moram facere intelligitur. *l. fin. ff. de condict. furt.*. Multa hîc affert Delrio de furiosis, dementibus, prodigis, & pupillis, eorumque discrimine: quæ mihi satis aliena videntur: neque in h. l. propositum fuit Vlpiano explicare, de personis, quæ obligentur ex contractibus suis vel non obligentur: sed de iis rebus, quæ in unoquoque contractu præstentur, vel non præstentur.

CAPVT DECIMVM SEXTVM,

DE PACIS QVAE CONTRACTIBVS ADIICIVNTVR; Qam vim habeant: Quotuplicia sint: quatenus valeant & utilia sint: quæ & quatenus sint inutilia, & nullius momenti.

FUIT hucusque prima pars nostræ Legis: in qua distinctè expositum est, quid recipiat quilibet contractus: sive quid in unoquoque regulariter alterum alteri præstare oporteat, ex vi & natura contractus: ubi etiam in appendice aliquid attigimus de aliis negotiis hîc prætermissis, quid ibi præstandum veniat. Sequitur jam altera hujus Legis pars, *in vers. sed hæc ita.* quæ continet Exceptionem à regula: nimirum hanc: *Nisi pacto contrahentium fuerit à communi natura contractus recessum, & aliquid de ea immutatum.* Restat igitur, ut hic de pactis explicemus, siquidem argumento Legis nostræ satisfacere, neque prævaricari volumus: Neque vero huc infarcienda est tota pactorum natura, ut quicquid de pactis tradi vel disputari potest, huc congeratur: (Nam hoc alienum & præposterum foret: cùm de pactis proprium in Iure titulum habeamus: ubi latè exponitur, quid sit pactum, & quotuplex: item quis, & de quibus rebus, & quomodo pacisci possit: & quæ sit vis, quis effectus pactorum utilium. Sed quatenus pacta contractibus adjecta vel utilia sint atque efficacia ad naturam contractuum immutandam, vel tanquam inutilia atque invalida reprobentur, id hujus est loci examinare. Illustris omninò est hæc disputatio, nec immeritò etiam ab eruditissimo Hotomanno in illustres quęstiones relata, ubi hac de re agit quęstionibus duabus 36. *& seq.* prolixè etiam hac de re tractatur ab Interpretibus comuniter *ad leg. 7. Iuris gentium. §. Quin imò. & §. adeò. ff. de pact. & ad l. 72. pacta conventa. ff. de contrahend. empt.* in quam Legem extant præter veteres Dd. etiam Commentarii Berengarii, Fernandi Professoris Oscensis in Hispania, & Cujacij *in Papiniano lib. 10. Quæstionum*: ubi *d. l. 72.* appellat, exemplo veterum famosissimam, & quâ nulla sit de pactis scripta lex elegantior.

Vt autem tantò meliùs intelligi possit tota vis & natura pactorum conventorum, quæ contractibus adjiciuntur: (Nam de his solis, ut modò dixi, hîc proprius est explicandi locus.) quædam præmittenda sunt evidentiæ causa.

Primum igitur evidentiale hoc esse potest: *Conventionem* esse genus, quod in duas species diducitur: *Pacta* nimirum & *Contractus. l.* 1. §. 3. *conventionis. ff. de pact. Cujacius in Papiniano dict. libr.* 10. *quæst. Et Ioann. Borchold. de pact. cap.* 1. *num.* 8.

Secundo loco præmittendum est: Pacta & Contractus inter se plurimùm differre: ut suprà exposui *ad initium h.l.* potissima verò differentia hæc est: quòd pacta nuda non pariant actionem, sed tantum exceptionem: Cujus rei ratio suprà est indicata: Contractus autem producant actionem, multoque magis etiam exceptionem: Ex regula Iuris, *Cui damus actionem, eidem & exceptionem, multò magis competere dicendum est.*

Tertiò præmuniendum est: Pactorum alia rectè dici posse *absoluta*, alia *relata*. Absoluta, quæ per se consistunt. Hotomannus etiam hæc *Simplicia* vocat, *quæst.* 36. *in princ.* Relata verò quæ per se non constant, sed alteri cuipiam negotio principali sive contractui, qui etiam sine pactis suis viribus constare poterat, adjunguntur, eoque referuntur. Hotomannus hæc etiam *adjuncta* & *attributa* dici posse scribit.

Quartò. Pacta adjiciuntur contractibus (sive bonæ fidei sive stricti juris sint, nihil refert) vel in continenti; vel ex intervallo. *d. l.* 7. §. *Quinimò. ff. de pact. & l.* 13. *In bonæ fidei. C. eod. tit. & d. l.* 72. *ff. de contrah. empt.* Et inter hæc multum interest, quoad effectum, de quo infrà.

Quintò. *In continenti* sive *ex continenti* dicitur *adjectum pactum*, quod fit immediatè, ante vel post contractum, sive in ingressu vel egressu contractus: sive in ipso limine contractus, ut loquuntur Impp. *in l.* 24. *C. de Evict.* priusquam scil. contrahentes descenderint sive diverterint ad aliquem actum extraneum, qui cum contractu præsente nihil commune habeat. *dd. ll. juncta l.* 27. *petens. C. de pact. & l.* 3. *C. de ædil. act.* Ex quibus duabus legibus notandum est, etiam illa pacta, quæ contractum ipsum antecedunt, rectè dici in continenti apposita (intellige, dummodò nihil extraneum intervenerit) nec interesse quicquam, utrùm præcedat pactum, an verò statim subsequatur contractum. Nam res ad intellectum potiùs, quàm ad tempus referenda est: ut argutè animadvertit Cujacius *d. libr.* 10. *quæstionum Papin. p.* 244. *col.* Voluerunt quidam Interpretes in continenti fieri etiam illud dici, quod fit intra dierum decem spacium. *l.* 1. §. 8. *item si. ff. ad L. Falcid.* Ita & Berengar. *ad d. l.* 72. *præfat.* 3. *num.* 1. sed hoc non facilè est admittendum. Nam in d. l. 1. (quo illi argumento nituntur) de decem diebus nullum habetur verbum; sed hoc tantum dicitur, in continenti accipiendum esse cum aliquo spatio, sive (ut alibi solet dici) cum quodam temperamento. Præterea nihil in ea lege dicitur de pactis vel in continenti, vel ex intervallo adjectis: ut mirer, quid tandem in mentem venerit iis, qui legem nihil huc pertinentem quasi obtorto collo tamen huc pertraxerint. Hinc facilè à contrario intelligi potest, quid sit *ex intervallo interponi pactum*: nempe quod posteà fit, quando contractus jam perfectus habebatur,

bebatur, & postquam contrahens jam ad alia negotia extranea divertit, sive deflexit. *dictis legibus, & l.6.§.fin.in fin.& l.12.si ex duobus.ff.de duobus reis constit.* Facit huc *l.continuus.137.princ.ff.de verbor.oblig.* Berengarius *dicto loco*, hoc arbitrio judicis relinquendum esse potiùs, quàm certis regulis definiri putat. *l.1.§.fin.ff.de jure delib.* Cui assentior. & videatur in eandem sententiam Iacobus Menochius *libr. 2. de arbitr.jud.quæst.*

Sextò prætermittendum est: unumquemq; contractum habere suam quandam propriam formam, à lege vel moribus sibi attributam: quod pulchrè demonstrat Giphanius *in disput.de action.empti.* contra Cujacium, qui *in paratitl.C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis*, vult, nullam posse dari certam ac perpetuam formam contractus, v. g. emptionis venditionis, locationis, conductionis, &c. quia scil. omnis ejus forma pendeat ex varietate & qualitate pactorum, quæ forment contractum & actionem ex eo. Sed hoc parùm consideratè dici, vel ex eo patet, quia multi fiunt contractus, quibus pacta nulla adjiciuntur, sed manent in terminis communibus, quibus alioqui contractus illi continentur. Iam si tales contractus, quibus nulla adjiciuntur pacta, nullam quoq; ex scriptis haberent formam, sed ea tota ex pactorum adjectione penderet: consequens esset, illos suâ formâ destitui. Hoc autem est absurdum: quia forma, ut in physicis, sic etiam in rebus civilibus, & actionibus humanis, est, quæ dat esse rei: & quâ destructâ, interit res ipsa. *gloss.& Doctores ad l.9.Iulianus.§.3.in fin.ff. Ad exhib. l. 7. §. quod si toto.ff.de acquir.rer.dom.* Verius igitur omninò est, unumquemque contractum suam habere formam, naturam & substanciam: etiamsi non accipiat aut mutuetur quicquam à pactis sibi appositis: Eaque forma alio nomine à ICtis appellatur status & natura obligationis: ut *l. 9. §.1. ff. de duob.reis.l.27.§.2. in fin.ff. de pact.* Appellantur etiam *termini contractus*, ut *in l. Lucius. 24.ff. Depos.* Quomodo Lucretius in rebus naturalibus appellat *fines cujusque rei*, quos si qua res transierit, desinat esse id quod ante fuit, & aliud esse incipiat.

Septimò: In quolibet contractu à ICtis veteribus duo hæc potissimum considerantur: *Substantia contractus*, (quam & naturam ejus aliquando vocant: Hotomannus etiam *essentiam*) & *adminicula sive accidentia contractus. d. l.72.pacta. ff. de contrah.empt.& d.l.7.§.Quinimò in verbis: Extra naturam contractus.* *Substantia contractus* est, id sine quo contractus subsistere non potest: v. g. Emptionis venditionis substantia est, merx sive res, quæ veneat, & pretium in pecunia numerata, sive nummis consistens. Ex his namque constat hic contractus, & substantiam capit obligatio, ut verbis utar Iustiniani, *in tit.Inst.de obl.quæ ex consens.* & sine his nulla intelligi potest emptio venditio. *§.pretium.Instit.de empt.& vend.l.2. §. 1. & l.8.in pr. & d.l.72.ff.de contrahend.empt.* Addi solet vulgò etiam tertium substantiale, videlicet *consensus*. Et quidem verissimum est, emptionem consensu peragi, & consensum hîc omninò intercedere debere, adeò, ut error & dissensio vitiet contractum: *l.1.§.fin.& l.9.In venditionib.in princ.ff.de contrah.empt.* Sed hoc quoque notandum, quòd consensus non tantùm in emptione & venditione necessarius sit, verum etiam in omnibus omninò contractibus. *l.57.in omnib.ff.de O.& A.* ut etiam in transferendo rerum dominio. *l.55.in omnib.ff. eod.tit.* Hæc igitur tria ubicunq; adsunt,

adsunt, res scil. venalis, sive merx, pretium ejus, & consensus contrahentium circa utrumque, jam perfecta est substantia contractus istius, sive substantiam cepit obligatio. Si verò vel unum ex his desit, deficit contractus in sui substantia, sive nulla est, nulla quoque intelligi potest emptio venditio. *Adminicula contractus* sive *accidentia ejus* sunt, quæ extra naturam sunt contractus, ut loquitur Vlpianus *in d. §. quin imò. l. 7. supr. de pact.* sive quæ possunt adesse vel abesse, & sine quibus contractus benè potest consistere: v.g. talis est in contractu emptionis venditionis cautio de evictione, & duplæ repromissio, si rem emptori habere non liceat. *l. 37. emptori in princ. ff. de evict. cum simil. ll.* Consistit enim nihilominus substantia contractus emptionis venditionis, etsi nihil de evictione cautum vel dictum fuerit: etiamsi quoque à venditore non detur hoc nomine emptori fidejussor, qui à ICtis eleganter vocatur *secundus auctor. l. 4. in princ. de evict.* respectu sc. primi auctoris, qui est ipse venditor. *l. 51. si per. in princ. & l. Herennius. 63. §. 1. & 2. & ibi Budæus in Annotat. Pand. ff. de evict. & l. 3. l. 7. cum duab. seqq. l. 11. & l. 17. C. de evict.* Hic enim (venditor) semper tenetur præstare emptori auctoritatem sive evictionem, si ei res auferatur, ut eam habere non liceat. *l. fin. & t. t. ff. de evict. & t. t. C. eod.* Idem discrimen inter substantiam & adminicula contractuum pluribus exemplis declarari posset, eundo per omnes contractus: sed ut modum servemus, hoc unum pro omnibus brevitatis caussa nunc sufficiat. Hoc non est prætermittendum: quòd glossographi non contenti hac simplici veraque doctrina & bimembri illa distinctione eorum, quæ in contractibus versantur, plures etiam excogitaverint rerum species: quasi sc. cum Papiniano & Vlpiano de laude subtilitatis & acuminis certare voluissent. Nam Accursius, ejusque sequaces alia constituerunt contractuum *Substantialia*, alia *Naturalia*, alia denique *Accidentalia*: ut videre est post veteres Dd. apud P. Nic. Mozzium *in Tractatu de contractibus, per totum.* Sunt etiam, qui ne hac quidem trimembri divisione contenti, adhuc λεπτομερέστερον, h. e. minutiùs dissecant. Naturalia enim subdividunt in *intrinseca & extrinseca*: ut videri potest apud Berengarium Fernandum *in comm. ad d. l. 72. præfat. 3. n. 5.* ubi ex Alberico de Rosate, Naturalia intrinseca, sive innata contractui, ea esse dicit, quæ licet non exprimantur per contrahentes, tamen ipsa lex contractui tribuit: idque ibidem declarat exemplis: sicut naturalia extrinseca, quæ putat esse eadem cum illis, quæ Papinianus vocat Adminicula: sub quo tamen verbo etiam Accidentalia putat comprehendi. Ioan. Schneidevv. *ad tit. Inst. de obl. sub rub. de contractib. n. 20. cum 3. seqq.* eumque secutus Ludolph. Schrader. civis meus clariss. *in com. de contractib.* quatuor faciunt species: ut *substantialia, naturalia, solennia, & accidentalia*: quæ etiam passim in singulis speciebus contractuum Schraderus inculcat. Sed præstat fortassè loqui cum antiquis & elegantioribus illis ICtis, exemplo etiam Hotomanni & Cujacii: quorum iste *in Papin. pag. 242.* disertè rejicit illam Accursij distinctionem inter substantialia & naturalia. *Non est (inquit) constituenda differentia inter naturam & substantiam. Accursius dicit, Alia esse pacta de naturalibus, alia de substantialibus alia de accidentalibus. Malè. Nam naturalia & substantialia idem sunt:* Et rursus: *Naturalia & accidentalia idem non sunt, veluti adminicula.* Et mox: *Pacta, quæ sunt de adminiculis, nos Accidentalia dicimus.* Giphanius quoque *in Comm. de di-*

vis.juris. consimiliter hanc Dd. divisionem refellit. Non nego tamen, aliquando etiam à veteribus Naturam contractus aliter quam pro substantiâ ejus usurpari: ut cùm Paulus ait, Naturam mandati esse, ut in eo præstetur levis culpa, & tamen pacto effici posse, ut hanc naturam suam excedat. *l.5.* §.*pen. ff. d. præscript. verb.* ubi certe non potest dici: naturam mandati idem valere quod substantia. Hæc enim pacto immutari non posset. Videatur & Hotomannus *illustr. quæst.* 37.

Octavò notandum est: alia esse pacta *adjicientia*, alia *detrahentia contractui. Adjicientia* pacta sunt, quæ aliquid adjiciendo sive ad substantiam contractus, sive ad ejus adminicula, eum augent & amplificant: proindeque conditionem Actoris efficiunt meliorem, Rei verò duriorem. *Detrahentia* pacta sunt, non per quæ ab ipso contractu planè receditur (ut voluit Cujacius ad *d. lib.* 10. *quæst. Papiniani pag.* 242. quem refert Hotomannus: Cui magis assentior) sed potiùs, quibus aliquid de substantia vel adminiculis contractus detrahitur, ita tamen, ut interim contractus maneat. Hæc pacta conditionem sive obligationem Rei faciunt leviorem & faciliorem. Vtrumque genus multis exemplis ac legibus declarat Hotomannus *d. quæst.* 36. *in princ.* Vt autem suprà Dd. non erant contenti illâ divisione in substantiam & adminicula contractus, sed plura excogitarunt membra: ita hîc quoque pacta multiplicia introduxerunt. Nam alia vocarunt pacta *Informativa*: alia *Reformativa*, alia *Transformativa*, alia *Conformativa*, alia *Deformativa*, alia denique *Resolutiva*: quæ singula Berengarius *in d. Comment.* declarat suis definitionibus & exemplis: quæ nihil necesse est nos huc transscribere. Hoc tantùm dico, videri illos Interpretes interdum nimis acutè cernere, & Papiniano atque Vlpiano ipso sapientiores oculatiores esse voluisse. Et tamen non oportet nos horum terminorum prorsus esse rudes & ignaros, vel propter scripta Interpretum in quibus illi sæpe occurrunt.

Nono & postremò distinguendum est inter *rem integram & non integram*. Non parum enim interest, utrùm pacta adjiciantur contractui, dum res est integra, an verò quando non amplius integra est. Tamdiu autem res dicitur integra, quamdiu nihil est secutum: v.g. in emptione & venditione res est integra, si neque res tradita sit emptori, neque pretium numeratum venditori: & similiter in cæteris contractibus, qui consensu fiunt: vel etiam si re jam secutâ posteà in integrum, sive in priorem statum omnia sint restituta: ut explicatur plenius §. *fin. Inst. Quib. mod. toll. obl. & in l.7.* §. *adeo. ff. d. pact. & l.58. ab emptione eod. tit. & l.* 1. *&* 2. *C. quando liceat ab empt. recedere, cum simil.* Hinc facilè à contrario intelligitur, quando res non sit integra: nimirum re jam secutâ: v.g. cum vel Emptor numeravit pretium, vel rem tradidit venditor.

His necessariis ad majorem evidentiam præmonitionibus factis, deinceps regulas ipsas de viribus pactorum contractibus adjectorum videamus.

Prima igitur regula hæc sit: *Pacta in continenti sive initio & in ipso ingressu conractui adjecta, insunt contractui, & ipsi legem dant & formant ipsam actionem: ac locum habent tàm ex parte Actoris, quàm ex parte Rei.* Ex parte actoris, ut scilicet ei detur actio: ex parte rei, ut illi detur exceptio. In qua tamen exceptio-

ne

ne etiam ipse agere dicitur, & actoris partibus fungi. *l. 1. in princ. ff. de edendo.* Altera Regula hæc esto: *Pacta ex intervallo apposita, ex parte Rei duntaxat locum habent, sive insunt, non etiam Actoris*: Id est illi quidem actionem pariunt: huic vero actionem non producunt. Sumuntur hæ regulæ ex *l. 7. §. Quin imò. ff. de pact. & l. 13. In bonæ fidei C. eod. tit. cum sim. ll. in gl. alleg.* utramque vero breviter explicemus. Ac primo rationem utriusque videamus. Est autem prioris quidem illa ratio: quia pacta juri præstare dicuntur, ut est vetus verbum apud Cornificium *in lib. ad Herenn.* id est præstabiliora vel potiora sunt pacta jure & legibus ipsis. Etsi autem pacta ipsa per se, sive nuda, nimis sunt imbecilla, quàm ut actionem pariant: tamen continentia ipsa sive cohærentia contractus, cui adjecta fuerint, majus robur ipsis attribuit & communicat, ut jam non amplius nuda esse videantur, sed actionem quoque producant, quàm si sola fuissent, absque contractu, cui adjiciuntur, nequaquam produxissent. Dd. vulgò aiunt hîc esse pactum *vestitum*. Nam ex variis vestimentis pactorum quæ consarcinârunt (quæque post Accursium, & alios, repetuntur etiam à Schneidevvino *ad tit. Instit. d obl. sub rubr. d. pactis. n. 11. & 7. seqq.*) unum faciunt, cohærentiam contractus: quam loquendi formulam veteribus usitatissimam Interpretes recentiores ferè solent repudiare, explodere, & exagitare: nec sanè immeritò. Posterioris regulæ, cur inquam pactum ex intervallo factum Reo tantùm prosit ad exceptionem, non etiam Actori proficiat ad actionem; ratio hæc est: quia tale pactū per se consistit ac nudum est, nullasque vires accipit à cohæsione seu cohærentia contractus: Idem ergò de illo est judicium, quod de quovis alio nudo pacto, (sive (ut suprà ex Hotomanno appellavimus) absoluto: de quo genere hæc est regula sæpissimè in jure nostro repetita: *Ex pacto Iure Civili actio non nascitur. d. l. 7. §. quin imò*, ubi ter hoc repetiit Vlpianus pro ratione, *ff. de pactis. l. 27. si tibi. C. d. locato, cum simil.* Notandum est autem, quod in utraque regula promiscuè usus sum his formulis: *Inesse ex parte actoris vel Rei, & locum habere ex hac vel illa parte*: qua in re sequor Vlpianum *in d. l. 7. §. Quin imò. & §. seqq.* ubi hæc duo pro eodem accipit. Nam distinctio Hotomanni, qui putat *in d. quæst. illust. 36.* non rectè dici de eo, ex ipsius parte inesse pacta, sed tantùm de actore sic loquendum esse, nimis subtilis videtur, ab Vlpiano certè neglecta, qui promiscuè his formulis utitur, *Inesse, & locum habere.*

Dixi in priori regula, *pacta initio contractui adjecta*, nec addidi, utrùm hoc intelligi debeat de bonæ fidei contractibus, an verò etiam de strictis. Plerique hoc negant & contendunt, tantum de bonæ fidei contractibus veram esse, quod pacta in continenti apposita, illis insint. Rationes has adferunt. 1. Quia nullus in Iure locus extet, quo probari possit pacta etiam strictis contractibus in continenti adjecta inesse. 2. Quia Leges nominatim de Bonæ fidei contractibus loquantur; quod certè frustrà fieret, si idem etiam in strictis obtineret. *d. l. 7. §. Quin imò. ff. d. pactis. & d. l. 13. In bonæ fidei. C. eod.* Inclusio igitur unius habenda est pro exclusione alterius generis. 3. Afferunt *l. 27. petens. & l. seq. C. d. pact. & l. 17. si tibi in pr. ff. eod. l. 11. rogasti. §. si tibi. vers. sed si ff. d. reb. cred.* Videatur & Cujacius *ad l. 7. d. pact. & in tract. 8. ad Affric. & in observ. lib. 10. cap. 24.* Item Donellus

in comment. ad d.l.13. Cod.d. pact. & ad l. si ita 135. §. Seja. n.12. & 14. ff. d. V. Obl. & Borchold. *in tract. d.pactis cap.fin. n.46.* Item Giphanius *in tit. ff. de pact.* Hotomannus tamen *in d. quæst.36. & lib.1. amicab. resp. cap.fin.* in contraria est sententia existimans, summam esse hac in re convenientiam inter contractus bonæ fidei & stricti juris; & illam disputationem de vi pactorum contractibus adjectorum utrique generi communẽ esse: quod quo pacto demonstrare conetur, apud ipsum legere licet. Allegant quidam etiam *l.52.ff. de verb.obl.* sed satis impertinenter, ut mihi quidem videtur. Nam dum ibi scribit Vlpianus, contrahentes dare formã contractui in stipulationibus conventionalibus, non loquitur de pactis in continenti adjectis stipulationi, (de quibus hic in regula agimus) sed de ipsis formulis stipulationum conventionalium, quas ait concipi pro arbitrio contrahentium, secus quam in stipulationib. prætoriis. Propositum enim est ICto, ostendere discrimen inter conventionales & prætorias stipulationes: quarum illæ accipiunt formam suam & legem ex ipsa conventione contrahentium, unde & nomen habent: hæ verò ex mente & auctoritate prætoris totæ dependent; adeò, ut in ipsis nihil possit immutari, nihil addi, nihil detrahi. Iam verò inter formulã sive conceptionem istam stipulationis, & inter pacta stipulationi adjecta multum interesse, nemo non intelligit, tantum scilicet, quantum inter substantiam & accidentia rei. De illa autem quæstione paulò superius motâ breviter sic sentio: utrumque rectè dici, pacta in continenti adjecta inesse bonæ fidei contractibus, & inesse quoque contractibus stricti juris: sed diversimodè. Nam in priori quidem genere insunt omnia pacta, tàm quæ creditori sive actori prosunt, quam quę debitori sive reo: In stricti verò Iuris contractibus, v.g. in stipulatione, in mutuo, insunt non omnia, sed tantùm ea, quæ prosunt reo. Exemplum est in *l.lecta.40.d.reb.cred.* ubi Paulus. *Pacta* (inquit) *in continenti adjecta stipulationi inesse creduntur*: nempe quia pactum ibi factum erat pro reo, ad hoc, ut ipsius obligatio minueretur ac levior fieret: puta ut quod una vice proximis calendis solvere debebat, solvat per partes, & diversis temporibus &c. Ratio diversitatis inter contractus bonæ fidei & stricti Iuris, quare in illis omnia insunt pacta, & quæ Actori & quæ reo prosunt, in his verò ea tantùm, quæ Reo, hæc est: quia in contractibus strictis, ut in stipulatione, omnia strictè accipimus, ita ut nihil quicquam in stipulationem deductum intelligatur, quod non sit comprehensum ipsis verbis stipulationis. *l.quicquid.99.ff. de V.O.* sed in bonæ fidei contractibus laxior est æquitas & bona fides, quæ ibi magis dominatur. In illis judex formulæ certæ adstrictus est: in istis verò ex æquo & bono judicat, ut docet Imperator *in §.in bonæ fidei.Instit.d. Action.* Quocirca non est mirum, quod pactum bonæ fidei contractui in continenti appositum ab actore, & pro ipso, si recipiatur atque inseratur in ipsum contractum, ut quasi pars ejus fiat, & formet aut reformet ipsum contractum & actionem inde ortam. *dict. l.7. §. Quin imò. ff. de pactis: & l.10. cum dotem. Cod. d. Iur. dot.* Quod idem non potest dici de strictis contractibus, ubi (ut ajebam) omnia strictè sunt accipienda, neque igitur pactum ibi pro creditore adjectum inerit, ut ei producat actionẽ. Pro Reo tamen adjectum inerit: sed cum hoc discrimine à pactis bonæ fidei judicio adjectis; quod in bonæ fidei judicijs non est opus, ut exceptiones pacti deducantur

tur

tur à Reo in litis contestationem, cum ipsæ per se insint judicio: in strictis autem hoc fieri necesse est *l.3. D. d. rescind. vend.* Itaque si Iudex sciat, Reo aliquam competere exceptionem, in bonæ fidei judicio, habebit ejus rationem, quamvis non fuerit opposita neq; allegata in ipsa litis contestatione. Nam ut rationem ejus habeat, officio ipsius continetur, quod in hujusmodi judiciis bonæ fidei latissimè patet. *l.38.planè.& l.fin.in fi.ff. de hered.pet.* Quod totum secus est in strictis judiciis. *d.l.3.in verb.Ex stipulatu agentem exceptione submoveri oportet.ff.d.rescind.vendit.* Emphasis inquam est in his verbis: *Oportet*,&, *Submoveri.* Nam submotio illa sive exclusio actionis, intelligenda est facta nimirum vel facienda ab ipso Reo: qui si illam omiserit in litis contestatione,& postea condemnetur à Iudice, sibi hoc debet imputare, qui exceptionem quam habebat, non apposuerit. Ratio differentiæ ex suprà dictis jam satis intelligitur, quia scil.in Strictis judiciis Iudex alligatus est ad formulam; In bonæ fidei autem judiciis latissima potestas datur Iudici, ex bono & æquo judicandi, proindeque etiam attendendi ad eam exceptionem, quæ inest ipsi judicio, etsi non fuerit mentio ejus facta in ipsa litis contestatione.

Illud quoque notandum: Ex quovis quidem pacto nasci exceptionem cuicunque contractui,& quandocunque appositum fuerit, imò etiamsi pactum quasi solitarium & absolutum fuerit: sed non quamvis exceptionem pacti inesse contractui vel judicio, verùm duntaxat eam, quæ ex pacto bonæ fidei contractui in continenti apposito competit.

Porrò quod dixi in priori regula de pactis in continenti adjectis contractui, ita est intelligendum,& sub hac duplici limitatione. 1. *Modò pacta non sint contra Leges, vel bonos mores, vel humanitatem, vel religionem.* Nam si hujusmodi sit pactũ, quantumvis & bonæ fidei contractui & incontinenti adjiciatur, tamen nullas habebit vires, neq; formabit contractum vel actionem. *l.7.§. Et generaliter.* ubi dicitur pactum remotum à Iure Communi, quod ei repugnat. *& l.27. si unus §.4. pacta. & l.28. contra.ff. de pact. l. un. §.ult. C. de rei ux. act. l.14. alia causa. §.1. D. Sol. matr.* Et ratio in promptu est. Quia talia nos ne facere quidem posse credendum est, ut ait Papinianus *in l.15. filiusfam. D. de condit. instit.* Videatur & *leg. 11. Quod si locus. ff. de relig. & sumpt. fun.* ubi non valet pactum quod adjicitur venditioni loci monumenti. Ne in eum inferatur mortuus quem jus est inferre. Videatur & *l.6. & 7.ff. d.serv. export.* Hæc tamen pacta ipsa quidem vitiantur, & inutilia sunt: non autem vitiant contractus per se utiles & validos: quia utile per inutile non debet vitiari *l.1.ff. de verb.obl. & c.utile. Extr. d.R.I. in 6.*

Altera tamen limitatio est: *Dummodò pacta quæ contractibus in continenti adjiciuntur, non sint* contra substantiam *eorum.* Nam & talia pacta non formant veterem contractum & actionẽ ex eo, sed potiùs novum & alium constituunt contractum. Hoc ut intelligatur, ante omnia distinguendum est pactum quod est *extra naturam contractus*, ab eo quod est *contra naturam & substantiam contractus.* Deinde notandum est, non parùm interesse, utrum quis paciscatur *de substantia contractus*, an vero *contra subst. contractus.* Nam pactum extra naturã contractus, est omninò inutile, ut docet Vlp. *in l.7.§. Quin imò. v. idem responsum ff. d. pact.* Similiter non est inutile pactum, quod fit de substantia contractus in emptione venditio-

ditione, si pretium, in quo substantia emptionis consistit augeatur vel minuatur: item in locatione conductione, si merces. Sed pacta contra substantiam contractus adjecta non valent, neque formant, sed potiùs evertunt contractum. Patebit hoc in exemplis, quæ subjiciam, ut ecce; Depositi natura hæc est, ut eadem ipsa res, quæ deposita est, sive idem corpus quandoque restituatur, v.g. iste sacculus pecuniæ obsignatæ plenus &c. Iam si contractu talis adjiciatur conventio, ut non idem reddatur, sed tantundem, vel etiam cum usuris, hujusmodi pactiones etiam contra naturam & substantiam depositi, excedunt modum pecuniæ depositæ, sive excedunt notissimos terminos Depositi. *l.24. Lucius. & l.26. Publia. §.1. ff. Deposit.* Erit igitur potiùs alius contractus: videlicet Mutui, cujus hæc est natura, ut non idem reddatur, sed tantundem. *l. 2. in princ. & l.9. certi. §.fin. ff. d. reb.cred.* Aliud exemplum sumitur ex Mutui datione. Pactum in hoc contractu appositum, ut debitor plus reddat quam acceperit, puta viginti vel undecim pro Decem, est inutile: neq; hic nascitur obligatio ultra decem: quia mutuum re contarhitur, non potest igitur re nasci obligatio, nisi quatenus datum fuerit. *l. 17. in pr. ff.d. pactis, l.11. Rogasti. §. 1. ff. de reb. cred.* Dices, superfluum illud sive summam excedentem id quod mutuò datum est, si non tanquam mutuum, saltem tanquã usuram & accessionem pecuniæ creditæ deberi ac peti posse ex pacto. Resp. ne hoc quidem fieri posse: quia in strictis contractibus (quale est mutuum) usuræ peti non possunt citra vinculum stipulationis. Non igitur ex pacto. *l.3. quamvis. C. de usur. cum simil.* Aliud exemplum item ex contractu mutui, tale est: Mutui natura hæc est, ut idem genus quod acceptum est reddatur, v. g. tot nummi pro totidem nummis: item vinum pro vino, frumentum pro frumento, &c. Iam si cõvenerit inter contrahentes, ut non idem genus reddatur, sed aliud: puta vinum pro tritico, vel pecunia numerata pro frumento, &c. non erit mutuum, sed contractus alius, puta permutationis, vel do ut des. *l. 2. in princ. ff. de reb. cred. l.pen. C. de rer. permutat.* Sic si convenerit, ut eadem species reddatur, non erit mutuum, sed vel commodatum vel depositum: Commodatum quidem, si dicis causa, hoc est ad pompam & ostentationem quis acceperit; ut scilicet locuples videretur. *l.3. §. fin. ff. Commod.* qualis in speciem tantum dives & vanus ostentator opum elegantissimo vocabulo à Græcis appellatur φαντασιοπλούταξ. Depositum erit, si custodiæ causa sit res data. Aliud exemplum est in Mandato, quod constat sui natura esse gratuitum. *l. 1. §. fin. ff. Mandati.* Si igitur mandato contrahentes adjiciant tale pactum, de mercede danda pro opera, non amplius erit mandatum, (quamvis contrahentes forte sic appellaverint.) Sed alius contractus, sive nominatus, ut locatio conductio, sive innominatus do ut facias: proindeque non dabitur mandati actio, sed aut locati conducti, aut præscriptis verbis. Idem sentiendum est de aliis quoq; contractibus sui natura gratuitis, ut de commodato & deposito, & similibus. Aliud exemplum est in Emptione venditione. Certum est substantiam hujus contractus consistere in pretio, ut supra dixi ex §. *pretium. Instit. de empt. & vend. & l. 2. §.1. cum l.72. pacta ff. de contrahend empt. & l. 3. Cod. eod.* Iam si contrahentes paciscantur ne detur pretium sive pecunia numerata pro

merce

merce seu rè vendita, sed alia res puta domus pro agro, vinea pro gemmis &c. non erit ampliùs emptio venditio, sed alius contractus, puta permutationis. *l. 5. ff. d. præscr. verb. l. 1. ff. de rer. perm.* Similiter si donationis causa contrahatur emptio, nempe ut pro re empta nihil pretii detur, sed res gratis vel pro uno nummo transeat ad emptorem, hæc non erit emptio, sed donatio. *l. 9. C. d. contrah. empt.* Idemque valet etiam in locatione uno nummo facta. *l. 46. si quis. ff. Locat. & l. 10. si quis. §. fin. digest. d. acquir. poss.* Aliud exemplum talis pacti, in contractu empt. adjecti extat in *l. pen. §. fin. ff. d. contrah. empt.* nempe si inter contrahentes hoc agatur vel conveniat, ne dominium rei venditæ transeat ad emptorem, tunc enim non erit emptio venditio, sed locatio, (hujus enim ea est natura, ut non soleat mutare sive transferre dominium. *l. 39. non solet. ff. locati. l. 65. convenit. inf. ff. de contrah. empt. & l. 2. C. de præscr. 30. vel 40. ann.*) vel erit aliud genus contractus. *d. l. pen. §. fin. d. contrah. empt.* Etsi enim translatio dominii, non sic est de substantia emptionis, ut est pretium: unde neque cogitur venditor rem facere emptoris, sive ipsi dare. *l. 25. si ita distrahat. §. 1. ff. d. contrah. empt. l. 30. servus. §. fin. ff. d. act. empt. l. 1. ff. d. rer perm.* & valet etiam rei alienæ emptio & venditio. *l. 28. rem. ff. eod.* idque propter libertatem commerciorum receptum est, quamvis res emptori possit auferri & evinci per verum dominum. *d. l. 28. & t. t. ff. & Cod. d. Evict.* tamen quia ad hunc finem tendit emptio, ut emptor per traditionem rei non modò possessionem adipiscatur, sed etiam dominium ejus quatenus omnino potest, vel certè usucapiendi conditionem, *l. 74. clavib. ff. d. contrah. empt.* & quia nemo hoc animo emit, quòd non velit fieri dominus rei: idcirco talis conventio, de non transferendo rei venditæ dominio, repudiata est, tanquam contraria ipsi fini & naturæ emptionis, & intentioni ementis: proindeq; non poterit relinquere & informare contractum emptionis, sed potiùs eum evertet, & in ejus locum substituet, aliud quodpiam planè novum ac separatum negotium. *d. l. penult. ff. d. contrah. empt.* Aliud exemplum præbet Precarium, cujus hæc est natura, ut possit is qui concessit quandoq; voluerit revocare *l. 1. & 2. §. & natural. cum l. 15. Et habet ff. de precario, & dixi sup. sub. c. de precar.* Si igitur precario talis adjiciatur conventio, quantumvis initio sive in continenti, ut concedens non possit rem repetere ante certum tempus; hujus conventionis nulla vis est, ut rem alienam domino invito possidere ac retinere liceat, ideoque precarium tenens, non est adjuvandus exceptione pacti, contra repetentem, & possessionem ipsi ante tempus constitutum auferre volentem *l. 12. cum precario. in pr. ff. d. prec.* Nec obstat si quis urgeat, non posse hoc casu invitum dici dominum precariò concedentem sub tali lege: quia volens & consentiens talem fecerit conventionem. Respondetur enim, hanc conventionem & voluntatem haberi pro nulla: quia sit contraria ipsi naturæ precarii, quam jus ei attribuit quamque privati suis pactionibus immutare non possunt. *l. 38. Ius ff. d. pactis, & l. 27. Nec ex. h. t. nostro, cum sim.* An ergo, inquies, non poterit quis juri pro se introducto renuntiare, eoque non uti? Res. Omninò potest, per *l. pen. C. d. pact.* & Cicero *in orat. pro Balbo.* sed ita tamen ne pactionib. privatorum infringatur modus cujusque rei, sive actionis, lege seu Iure Civili, vel per prætorem, introductus sive constitutus. *d. l. 27. d. R. I.* Illud facilè concesserim per talem conventionem de re ante certum

tempus non revocanda, adjectam precario, transformari precarium in commodatum. Cujus natura est quod non possit revocari ante expletum usum certi temporis, ad quem fuerat concessum. *l. 17. in commodato. §. sicut. ff. Commod.* non obstante eo, quod contrahentes forte usi fuerint verbo precarii, non autem Commodati. Nam non tàm ad id respiciendum est, quo nomine contrahentes appellaverint unumquodque negotium; quàm quibusnam limitibus lex aut Prætor negotia & contractus à se invicem separaverit: item, quem modum, quam formam, cuique attribuerit; sive quos terminos ei circumdederit. Nam & aliâs traditum est, rem magis quam verba spectari oportere. *l. 41. promittendo. §. 1. de Iure dotium. & l. 2. C. communia de leg. cum sim.* Etsi enim magna est vis & libertas pactorum & conventionum in tractatibus: tamen tanta non est, ut possit naturam rerum invertere aut infringere modum à lege vel prætore præscriptum, aut notissimos terminos contractuum migrare. Nam si hoc admitteretur, tum verò maxima sequeretur confusio & perturbatio vitæ communis & civilis, nullaque mansura esset certitudo commerciorum & contractuum, quibus Reipubl. utilitas & hominum inter ipsos consociatio continetur. Firmiter itaq; tenendum est quod ait Pomponius *in d. l. 27. h. t.* Privatorum pactionibus non posse infirmari modum actionum vel lege vel per prætorem introductum, nec si (hæc enim est vera lectio: non, ut alii legunt, *nisi*) tunc inter eos convenerit, cum inchoatur actio: quorum verborum simplicissimus ac verissimus sensus hic est, unumquemque contractum habere suam formam sive substantiam (quam ICti *modum actionum* vocant) à lege vel prætore, sive Iure Civili vel prætorio, introductam & constitutam, sibique attributam: & hunc modum sive hanc formam & substantiam contractuum non posse infirmari, tolli, aut deleri pactionibus contrahentium; ne quidem si in ingressu contractus sive in continenti interpositæ fuerint. Hoc enim volunt ista Pomponii verba: *tum cum inchoatur actio*: ubi non pro jure persequendi in judicio quod sibi debetur vocabulum Actionis accipiendum est, ut aliâs plerunque solet. *t. t. Inst. d. Act. l. 25. de obl. & A.* sed pro ipso actu, tractatu, sive contractu, ut etiam paulò ante in eadem lege, cum *modus actionum* dicitur. Observandum præterea est in eadem lege, quàm pulchrè & accuratè distinguat ICtus inter causas obligationis & modum actionum. Illas enim ait posse contractibus imutari tàm ipso jure, quàm per exceptionem pacti conventi: hunc negat posse infirmari pactionibus privatorum: Causas autem obligationis vocat, quas diligenter explicat Paul. *in l. 44. ff. d. O. & A.* Hæc obiter de vera lectione & interpretatione *d. l. 27. d. R. I.* quæ multos frustrà torsit, volui attingere: nunc ad exempla pactorum inutilium revertor. Aliud igitur exemplum est ex contractu Dotis sumptum. Dos ipsa restitui debet, quæ data est. Iam si convenerit, ut non res, sed pretium sive æstimatio ejus restituatur, soluto quandoq; matrimonio, migrabit ea res in alium contractum, videlicet emptionis venditionis. *l. 10. C. de Iure dot.* æstimatio enim instar exceptionis est. *l. 10. plerunq; & l. 16. quoties. ff. de jur. dot. l. 1. 5. & d. l. 10. C. eod. tit. l. 51. æstimatio. ff. solut. matrim. & un. §. cumq; 9. C. d. rei ux. act. & dixi sup. sub c. d. dote.* Sequitur aliud exemplum etiam ex contractu Dotis. Dos soluto matrimonio reddenda est, annua bima trina die: & hoc tempus Paulus ait ei datum esse legibus. *l. 27. si unus. §. 2. vers. quod & ff. de pactis.*

pactis. & Proculus ait, tempus legibus statutum esse *l.17. Atticilinus.ff. de pact. dot.* si igitur conveniat, ut dos tardiùs solvatur, puta post triennium vel quadriennium &c. tale pactum non valet: quia per id deterior fieret causa dotis: hoc autem fieri non debet. *d.l.27.§.2. in fi.ff. d. pact. & d. l.17.ff. d. pact. dot.* Esset enim contrarium favori dotis, qui in omni jure est maximus. Vnde Pomponius *in l.1.ff. solut. matr.* inquit dotium causam semper & ubique præcipuam esse: & publicè interesse dotes mulieribus conservari: quod & Paulus confirmat *in l.2.ff.d.jur.dot.* melior sanè fieri potest conditio dotis per pactum, puta si mulier paciscatur dotem sibi reddi præsenti die, id est, statim post solutum matrimonium, non expectato legitimo tempore, nempe annua bima trina die: hoc certè pactum valet, & potest mulier statim ex eo agere. *d.l.27.§.2. d.pactis.* Quòd si debitor se tueri voluerit exceptione legitima, dicendo nondum venisse tempus ad agendum præstitutum, repelletur replicatione doli sive pacti: quia scilicet per pactum renunciavit beneficio legis, & jam ei contravenire volens, dolo facit, & contra proprium pactum. Quæret aliquis quid ergo Iuris erit, si mulier, cum priùs fuisset pacta, dotem sibi reddi præsenti die, sive statim, posteà ab hoc priore pacto recedat per posterius, quo convenerit dotem reddi legitimo tempore, id est, annua bima trima die? valebitne tale pactum, an erit inutile? Videbatur dicendum non valere; quia dotis causam faciat deteriorem, & mulieris conditionem duriorem. Quid ita? quia cùm posset antea statim repetere dotem, vigore pacti prioris (quod quidem ei multò commodius erat, quia, ut vulgo quoque dicitur, bis dat qui citò dat) jam ex posteriore pacto, si quidem id valere dixerimus, cogetur expectare lapsum illius temporis, & tardiùs suum consequetur: quia qui tardiùs solvit, minus solvere intelligitur, ut ait imperator *in §. si quis. v. tempore. Inst. d. act.* Contrarium tamen responderunt Scævola & Paulus: nempe posterius pactum, sicut alibi solet, ita hìc quoque potius & esse & prævalere priori, per *l.12.pact. C.d. pact.* proindeque mulierem, si petat ante diem, posse exceptione pacti submoveri, quæ est exceptio dilatoria. Nec obstat ratio dubitandi modò indicata: Negandum enim, hoc casu per posterius pactum fieri deteriorem causam dotis, aut mulieris conditionem deteriorem vel duriorem: quia potiùs incipit dos redire ad jus suum, quod lex naturæ ejus tribuit, & suæ formæ redditur. *d. l. 27. si unus §. 2. vers. quod & ff. d. pact.* Qui locus ad hunc modum est explicandus: & observandum obiter, eo confirmari vulgare axioma, quo dicimus unamquanque rem facilè redire ad pristinam suam sive primævam naturam: quod & aliis locis multis demonstrari potest. Aliud exemplum est in contractu Societatis in quo si convenerit, ut unus ex sociis solus conferat vel pecuniam vel operam, alter verò nihil prorsus neque pecuniæ neque operæ quæ pro pecunia valeat, non erit societas, sed donatio. Cur ita? Quia pactum hujusmodi est contra naturam societatis quæ postulat, ut uterque aliud conferat, si non pecuniæ, saltem operæ, &c. *vid. l. 5. §. fin.ff.pro soc. & l.32. cum hic status: §.24.si inter.ff.de donat. inter vir & uxorem.& l.16.in causæ. §.1. ff.de minor.* Quibus omnibus locis dicitur societatem donationis causa contractam nullam esse. Quod ei commune est cum emptione venditione, itemque locatione conductione. *l. 38. si quis. ff.d.contrah empt. & l.46. si quis.ff. Loc.* Rursum aliud exemplum sumitur ex eodem

contractu Societatis, pactum quo convenit, ut ad unum ex sociis pertineat omne lucrum, alter damnum sustineat solus ab omni lucro exclusus, est inutile: quia contra naturam societatis. *l.39.si non,§.1.ff.pro soc.* ubi hoc iniquissimum genus societatis appellatur & proverbio Cassiano ex fabula Æsopi sumpto *Leonina societas.* Item aliud exemplum ex eodem contractu. Pactum ut societas nunquam dirimatur, item ne unquam fiat divisio rei communis, sed ut in æternum duret societas, & communio, nullas habet vires. *l.70.nulla ff.pro soc. & l.14. In hoc.§.si conveniat.ff. communi divid.* Quia repugnat naturæ societatis: quæ est, ut in ea nemo invitus detineri compellatur, sed possit ei renunciare, cum non amplius libet in societate manere, sive, ut loquuntur, stare in communione. *l.fin.C.communi divid. & l.act.65. §.dicimus.cum §§.seqq.ff.pro soc. & §.manet. Inst. de soc.* Similiter non valet pactum societati adjectum, ut societas ultra mortem porrigatur, atque etiam ipse heres sit socius. *leg.35.nemo potest. & l.52. cum duobus.§.9. idem respondit.ff. pro soc.* Quia hæc est societatis natura, ut morte unius ex sociis dissolvatur. *l.59.Adeò in pr.& d.l.65.§.morte.ff.pro soc.& §.solvitur.Inst.d.soc.* idque ideo quia in hoc contractu electa est industria certæ personæ, quæ cum persona extinguitur, nec transit in heredem. *d. §.solvitur.* præsertim cum heredis persona quæ aut qualis futura sit nondum scire possit, vivente socio; cùm viventis nulla sit hereditas, nullus heres. Quæ cum ita sint, equidem satis mirari non potui, quid in mentem venerit Clarissimo Hotomanno, cùm *in Illustr.qu.est.37.prope finem* scriberet, valere pactionem, ut heres socii succedat in locum mortui; cum disertè dicatur contrarium *in dict.l.52. §. idem ff.pro soc.* quam tamen ipse pro se adducit.

Aliud est exemplum in contractu pignoris vel hypothecæ; si pactum sit interpositum, de pignore non vendendo: quod quidem est duplex. Nam aut quæritur de hoc pacto, *Ne debitori liceat vendere pignus*: aut de altero, *ne creditori.* videamus breviter de utroque. Si creditor paciscatur, ne debitori liceat vendere pignus vel hypothecam, hujusmodi pactum non valet, secundùm quosdam; eoque non obstante, nihilominùs poterit debitor rem suam vendere. *l.7.si venditor.§.ult. ff.de distrah.pign.* legendo ibi, *nullam esse conventionem* vel pactionem. Eaque fuit Baldi sententia. Sed verior lectio est, *nullam esse venditionem*; quomodo in Pisanis Pandectis repertum est, missa illuc legatione ad dirimendam controversiam: proindeque etiam verior sententia est Bartoli; affirmantis, talem pactionem valere, eique standum esse, & consequenter venditionem pignoris vel hypothecæ contra pactum à debitore factam esse nullam. Videatur & Baldus *in Tr. de pign. & hypoth.c.18.* Ant. Augustinus *lib.4. Emend.c.ult.* ubi quatuor loca Bartoli, item Angeli, & Iasonis de hac ipsa controversia mentionem facientia allegat. Atque ex his lucem capit, quod simpliciter scribit Hotomannus *d. Ill. Q.37. paulò post medium in §. Natura hypothecæ*; pactum, ne liceat debitori vendere hypothecam, nullius esse momenti. Videtur autem Hotomannus hac in re à Bartolo, Angelo, & cæteris dissensisse: quamquam controversiam ipsam non attingit: & malè quoque allegat *tit. De pign.* cum sit *l. 7.ff. de distr. pign.* Meliùs hanc quæstionem tractat idem Hotomannns *in commentar. ad titul.ff. de distr.pign.* Disputans tamen contra illa verba, *Nullam esse venditionem*, probabiliter concludit denique, videri potiùs

tiùs legendum, *Nullam esse rationem, ut pactioni stetur.* Et hæc de Pacto, Ne liceat debitori vendere pignus vel hypothecam, an tale pactum valeat. Quid autem sentiendum sit de altero pacto, Ne creditori liceat distrahere pignus sumendum est ex *l.4. ff. de distr. pign.* Summa est, Tale pactum adjectum non obstare, quò minùs possit creditor vendere, debitore non solvente: veruntamen debere trinam denunciationem præcedere, quam faciat creditor debitori cessanti. Videatur Cuiacius *ad sent. Pauli. 2. tit. 5. §. 1. & 13. §. 5. si inter.* & Hotomannus *comm. ad tit. ff. de distr. pign.*

Atque hæc ferè occurrebant jam exempla pactorum, quæ, quia contraria sunt substantiæ contractuum quibus adjiciuntur; vel inutilia sunt omninò: vel si quam vim habent valent ad aliud & novum negotium constituendum: sive, proficiunt ad novum contractum: ut verbis utar Pauli *in l. 27. §. 2. vers. idem dicemus. ff. de pact.* Quibus exemplis obiter addo etiam pauca alia.

I. Constat, naturam ultimæ voluntatis hanc esse, ut sit ambulatoria usque ad vitæ supremum exitum, & ut suprema sive novissima potior habeatur & servanda sit. *l. 4. ff. de adim. & transf. leg. l. 32. cum his status. §. 3. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. 22 si quis. ff. de leg. 3.* Iam si quis promiserit se nolle ab ea voluntate discedere, quam in præsens declarat, nolle testamentum vel codicillos mutare, quos jam fecit; tale pactum non est obligatorium: quia scil. contra substantiam ultimæ voluntatis est: cujus liber debet esse stylus & licitum arbitrium, quod iterum non redit, ut ait Constantinus Imp. *in l. 1. C. de SS. Eccles.* Non esset autem libertas illa styli & arbitrii salva, si quis quod semel voluisset, in eo immutabili tenore persistere cogeretur; si non liceret pœnitere. Poterit igitur quisque, non obstante huiusmodi pacto, mutare testamentum suum, vel alias ultimæ voluntatis species, ut donationem causa mortis, &c. cùm nemo eam sibi possit legem dicere, ut à priore ei recedere non liceat. *d. l. 22 si quis. in pr. ff. de leg. 3.* Quò possis etiam referre ex parte *l. 55. nemo potest. ff. de leg. 1.* ubi Pomponius, *Nemo*, inquit, *potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant.* Adeo autem potest quis mutare testamentum vel aliam voluntatem suam; ut quò minùs id faciat, ne quidem jurejurando suo impediatur: etiamsi quis, inquam, juraverit, nolle se ultimam voluntatem suam revocare vel mutare, tamen non obstante hac jurata promissione potest vel aliud facere testamentum, vel ab intestato decedere: & contrà, si quis jurasset, nolle facere unquam testamentum, sed intestatò mori velle, tamen potest posteà mutatâ voluntate testari sine ullo metu perjurii. *Bartolus, Albericus de Rosate, & alii, ad d. l. 22. si quis. in pr. ff. de leg. 3.* Imola *in c. cum contingat. num. 35. De jurejur. Angelus in Tr. de testam. §. Et juravit. & Guil. Benedictus in repet. c. Raynutius. in verb. Testamentum secundum. extr. de testam. quos refert & sequitur Ioan. Fichardus consil. Latin. 56. n. & cons. Germ. 71. n. 1.*

II. Constat, Tributa & vectigalia comitari possessores prædiorum, tanquam onera realia. Hoc enim utilius atque expeditius est fisco. *l. 7. Impp. digest. de publ. & vectig. l. 5. §. ult. ff. de cens.* Quicquid igitur inter se fortè pacti fuerint contrahentes, puta venditor cum emptore, is qui permutat prædium cum altero, is

qui in dotem id dat, vel æstimatò vel sine æstimatione: hoc totum non mutat jura vectigalium, neque præjudicat fisco: qui nihilominùs exiget tributum, vel vectigal, vel similes indictiones à possessore. Idque non tantùm ideò quia res inter alios acta aliis non præjudicat, *tit. C. & l. sæpè. de re judic.* verùm etiam, quia pactis privatorum formam juris fiscalis convelli non placuit: ut ait Papinianus *in l. 42. inter debitorem in fin. ff. de pact.* & fac. *l. 38. eod. tit.* Videatur & *l. 1. & l. 2. C. sine censu vel reliquis fundum comparari non posse.* Nec obstat *d. l. 42. ff. de pact. l. 52. Epistola. §. 2. pactum. eod. tit.* Quia posterior lex continet pactum, ut creditor possit à debitore repetere, quod tributorum nomine prædio pignorato solvisset. Quo pacto nihil præjudicatur fisco, imò huic Ius suum servatur integrum, nempe ut creditor, idemque possessor pignorati prædii solvat inde tributa, sed à debitore repetat. Sed prioris legis pactum, ne videlicet creditor & possessor agnoscat onus tributi, manifestè tendit ad præjudicium fisci. Nihil itaque miri est, pactum *in l. 52.* pronunciari justum & servandum: in *l.* verò 42. non esse servandam quantum ad fisci rationes, utpote contra formam juris fiscalis.

III. Aliud exemplum sumitur ex materia donationum. Si quis mortis causa donans promittat, se donationem nunquam revocaturum, tale pactum donationi adjectum facit eam transire in aliam speciem, donationis scilicet inter vivos. *l. ubi ita donatur. 27. ubi Bartolus, Iason. & alij Dd. ff. de donat. caus. mort. & latè per aquot conclusiones Didac. Covarruvias de Testam. in 2. pag. rub. num. 32. cum multis sequentib.*

IV. Videamus etiam exempla quædam pactorum inutilium ex materia matrimoniorum. Si quis uxorem ducat sub hac conditione, *Accipio te in uxorem, si nullos mihi procreaveris liberos*: ista conditio apposita matrimonio, vitiat matrimonium. *cap. ult. extr. de cond. appos.* Repugnat enim naturæ & substantiæ vel fini matrimonii, quod liberorum suscipiendorum seu procreandorum causa contrahitur: ut pulchrè ibi Cujacius ex Tacito, & S. Augustino: & latiùs probat B. Brissonius *lib. 6. de form. P. R. p. 542. ed. Francof.* Sic si quis ita dixerit: *Esto mihi uxor, donec invenero digniorem honoribus & facultatibus meis*, vitiatur matrimonium. *d. c. ult. & c. solet. 31. q. 2.* Quia matrimonium non contrahitur ante tempus, sed voto perpetuæ & individuæ consuetudinis vitæ: ut est in definitione nuptiarum, & *l. 1. ff. de jur. dot.* Sic si quis ita contrahat matrimonium, *Esto mea, si quæstum feceris, & me alueris tuo corpore. d. c. fin.* & ibi Cujacius, eruditè demonstrans differentias inter conditiones quæ sunt contra bonos mores sive quæ turpes; & inter eas quæ contra substantiam matrimonii: ut illæ non vitient matrimonium, sed habeantur pro non adjectis, & rejiciantur: hæ vitient ipsum matrimonium. Deinde differentiam inter matrimonium & alios contractus: ut scil. hi vitientur adjectione turpis vel impossibilis conditonis: illud non item: sicut nec ultimæ voluntates: idque ob favorem & matrimonii & ultimarum voluntatum.

V. Sic ex materia Feudorum sumptum exemplum pacti inutilis est, si inter seniorem & vasallum convenerit, Ne fidelitas præstetur feudi nomine. Hæc enim conventio cùm sit contra ipsam feudi substantiam, quod à fidelitate quoq; nomen

acce-

accepisse volunt, meritò repudiata est: ut *in Partit. I. F.* dixi, & ab omnibus communiter Feudistis traditur. Sed illa pactio valet, ne vasallus servitia præstet nomine feudi: item, ne homagium. Aliud est enim, remittere servitia, aliud fidelitatem.

VI. Denique exemplum pacti inutilis, quia est contra substantiam actus cui apponitur, præbet Monachismus Nam si quis hoc pacto velit ingredi monasterium & religionem profiteri, ut tamen retineat sibi ac reservet sua bona, hoc pactum nihil valet, sed ingressus manet validus, quasi purè factus: Qua de re latè Iason ad *Auth. ingressi. num. 30. & 37. cum plurib. seqq. C. de SS. Eccles.* ubi diversas hac de re Dd. opiniones refert & examinat, sed hanc gl. firmat ac retinet: quamvis gl. Iuris Canonici *in c. 2. & c. cum ad monasterium. de stat. Monach. & in c. fin. de cond. appos.* voluerit, ingressum ipsum per tale pactum vitiari.

Satis jam de pactis contractuum inutilibus. Alia igitur pacta contractibus apposita manent sub regula, ut scil. valeant & forment contractus, atq; actiones ex illis descendentes: sive convenerit, ut PLUS præstetur, sive ut MINUS: ut est in lege nostra. Quæ verba nunc breviter explicabimus exemplis quibusdam, quò meliùs intelligatur, quando & quomodo fiat, ut plus vel minus in singulis contractibus præstetur.

Pacta quibus PLUS convenit, ea dicimus, quibus augetur præstatio vulgaris, quàm aliàs secum ferebat natura contractus: & proinde quibus durior efficitur conditio debitoris, quàm aliàs futura fuisset, si nullum tale pactum intervenisset. V. G. In deposito non tenetur depositario nisi de dolo & lata culpa: ut suprà *de deposito* probavimus. Sed si pacto se obstrinxerit etiam ad culpam præstandam, rata erit conventio, jam arctiùs & ad plus obligabitur depositarius, quàm si non fuisset pactus. *l. 1. §. 6. si convenit. ff. depos.* ex cujus §. illis verbis: *Contractus legem ex conventione accipiunt*, sumpta est regula Iuris Pontificii. *c. contractus. 85. de R. I. in 6.* Similiter si nominatim convenerit, ut res deposita, vel nummi, periculo essent eius apud quem deponuntur: etiam de casibus fortuitis tenebitur depositarius. *l. 5. §. 2. vers. aut si hoc ab initio convenerit. ff. commod. l. 7. §. 15. sed et si quis vers. Item si quis pactus. ff. de pactis. l. 39. Et Aristoni. ff. Mandati. l. 1. C. Depositi. & d. l. 1. §. 35. sæpè. ff. Depositi.* ubi simul notanda est differentia inter eum qui pacto in se recepit casuum fortuitorum præstationem, & inter eum, qui tantum obtulit se deposito. Ille de casibus fortuitis tenetur; hic verò non tenetur, quamvis alioqui periculo custodiæ se illigarit. Quod autem dixi de casibus fortuitis, id generale in omnibus contractibus bonæ fidei: ut quamvis regulariter non sint præstandi. *l. 6. quæ fortuitis. C. de pign. act.* tamen aliud sit, si quis pacto in se susceperit periculum amissionis & fortunam futuri damni & vis majoris. *d. l. 6.* ubi hoc de pignore dicitur. *l. 1. C. de commod.* ubi idem dicitur de commodato. *l. 6. Pomponius. ff. de pact. dot.* ubi valet pactum, ut dos sit periculo uxoris, quæ erat aliàs futura periculo viri, quia sc. æstimata. Sic de locatione idem dicitur *in l. 9. si quis domum. §. 2. Iulianus.* (aliàs incipit ibi nova l. *si quis fundum*) *ff. locati.* Standum esse pacto, si quis locaverit fundum, ut hoc etiam præstaretur à conductore locatori, quod vi majori accidisset. Videatur etiam *l. 13. item quæritur. §. 5. si gemma. ff. eod. tit.* ubi potest quis in se recipere periculum fracturæ in gem-

gemma, quæ includenda vel insculpenda datur artifici. Idem de mandato dicitur *in d.l. 39. Et Aristoni. ff. Mandati.* ubi potest ea conditione mandatum suscipi, ut periculo sit ejus, qui mandatum suscepit. Sic de Emptione venditione dicitur *in l. 1. pr. ff. de per. & com. rei vend.* posse venditorem se periculo subjicere conventione seu pactione sua. Sic de negotiorum gestione dicitur *in l.22. negotium. Cod. de neg. gest.* posse intervenire speciale pactum de præstando casu fortuito.

Videamus & alia exempla pactorum, quibus convenit de plus præstando. Huius generis est pactum, quod facit is qui ex natura contractus ad minus tenetur, ut duriùs obligetur: v.g. qui de dolo tantùm & lata culpa (qualis est depositarius, qualis ille qui precariò rogavit) ut de levi etiam & levissima culpa teneatur. Item qui tenetur de levi, ut etiam de levissima teneatur, & de custodia. *l. 5. naturalis. §. pen. ff. de præscr. verb.* ubi de mandato dicitur fieri posse, ut naturam suam excedat: puta ut mandatarius custodiam quoque præstet. Tale est etiam pactum ut præstentur usuræ: qua obligatione usurarum augeri principalem obligationem manifestum est: quod pactum non solùm in bonæ fidei, sed etiam stricti juris contractibus apponi potest: ut constat ex *l. 3. C. de usur.* & *ex l.5. initio. C. de pact. inter. empt. & vend. compos. l. 26. Publia §. 1. ff. depos.* Sed hoc interest, quod ex pacto bonæ fidei contractui initio adjecto de præstandis usuris nascitur actio, qua peti possunt usuræ. *d. l. 5. C. de pact. inter empt.* Ex pacto in strictis contractibus appo-sito, ut in mutuo, sive pecunia fœnebri, non nascitur actio ad petendum usuras: quamvis solutæ non possint repeti per condictionem indebiti, neque in sortem imputari. *d. l. 3. C. de usur.* Naturaliter enim debentur. *l.5.§.2.Imp.ff. de solut.* Diversum est in mutuo fructuum, ut frumenti, vini, olei, &c. Nam hîc licet strictus sit contractus, tamen ex pacto debentur usuræ. *l.12. frumenti. & l. 23. oleo. C. de usur.* Ratio diversitatis; cur, inquam, hîc aliud sit receptum quàm in mutuo nummorum; est incertitudo fructuum: quia facilè horum æstimatio augeri minuivè potest, pro diversitate locorum & temporum. *arg. l.3. ff. de eo quod certo loco. & §. si quis agens. vers. quæ utilitas. Institut. de Actionibus.* Sed pecuniæ certior est æstimatio, & ferè ubique una & eadem potestas. *d.l.3. l.1. in pr. ff. de cont. empt.* facit etiam *l. pretia rerum. 63. ff. ad l. Falcid.* Sic plus convenit inter contrahentes, si venditor pacto se obligaverit ad cautionem de evictione præstandam datis fidejussoribus. *l. 13. si duo patroni. §.3. ff. de jurejur. l.1. §.1. ff. de præt. stip. l. 11. ex empto. §. idem Neratius. & §. Cassius. ff. de act. empt. l. 4. in pr. l. 37. emptori. & l. 56. si dictum fuerit. in pr. ff. de evict.* cùm aliàs tantum nudam hoc nomine præstet cautionem, sive repromittat duntaxat.

Aliud exemplum, ubi plus convenit, est, si inter contrahentes, puta emptorem & venditorem, placuerit, ut contractus non priùs habeatur pro perfecto, quàm in scriptum fuerit redactus. Hoc enim pactum valet, nec aliter perfectus erit contractus, quàm absolutum sit instrumentum de eodem. *l.16. contractus. Cod. de fid. instr. init. tit. Institut. de empt. & vend.* cùm aliàs etiam sine scriptura valeret quod actum est, dummodò aliter de eo constet vel probetur. *l. 4. ff. de fid. instrum. l. 4. ff. de pign. tit. Institut. de oblig. quæ ex consens. ibi, quia neq; scripturâ opus est. l. 17.*

pactum.

pactum. C.*de pact. l.* 12. *non ideò.* C.*fam.ercisc. l.* 9.*si vicinis.*C. *de nupt. l.* 31. *donationes. in pr. ff. de donat.*

Aliud exemplum præbet lex Commodato adjecta. Nam si quis temporalis ministerii causa utendum det servum vel ancillam vel jumentum, hoc est, præfinito certo tempore: quo elapso cogatur restituere commodatarius, hoc pactum valet, & potest commodans rem repetere eo tempore elapso, sive satis usus fuerit commodatarius, sive nondum expleverit usum. *l.* 2. *Cod. de commod.* cùm alioquin non possit repeti commodatum intempestivè & ante finitum ejus usum.*leg.* 17. *in commodato.* §. *sicut. ff. commodat.*

Aliud exemplum est in donatione, si donator promiserit stipulanti donatario evictionem. Tunc enim re evicta tenetur; cùm aliâs non teneretur. *l.* 2. *Cod. de evict. Paul.* 5. *sent. tit.* 11. §. 5. *Invitus.* ubi pro *Si promiserit*, leg. *nisi promiserit.* & intelligenda promissio stipulanti facta. Sed hoc exemplum non sat benè quadrat. Hìc enim non est nudum pactum, (quod disertè scribit Imperator non sufficere ad actionem evictionis nomine donatario dandam.) Sed stipulatio intervenit.

Nunc videamus de Pactis, quibus convenit, ut MINUS præstetur. Ea sunt, quæ aliquid detrahunt, ut loquitur Papinianus *in l.* 72. *pacta conventa. ff. de contr. empt.* sive quibus minuitur præstatio usitata cuiusque contractus; & efficitur, ut levior & facilior sit obligatio debitoris, quæ sine tali pacto fuisset gravior & durior. Patebit hoc in exemplis: quorum I. esto, si convenerit, ne cautio duplæ præstetur ob evictionem, ac ut ne quidem repromittatur: quod est superiori pacto, ut sc. ob evictionem detur fidejussor sive secundus auctor, è diametro contrarium. *l.*72. *pacta. ff. de contr.empt.*

II. Exemplum præbet idem contractus emptionis venditionis: in quo cum aliâs receptum sit, ut vitia rei venditæ præstentur, vel ob ea redhibitio fiat. *tot. tit. ff. de Ædil. edicto, & redhib.* potest inter contrahentes convenire, ne fiat redhibitio, & ne quicquam hoc nomine præstetur à venditore. *l.* 31. *pacisci. ff. de pact.* ubi Vlpianus ait, Omnino licere pacisci contra edictum ædilium. Idemque confirmat etiam *l.*14.*quæritur.*§.*pen.si venditor.ff.de ædil.ed.* Dices, Imò non licet, quia videtur pactum fieri contra Ius publicum, cui pacta privatorum derogare non possunt. *l.*38. *eod.tit.* Resp. Pactum hìc non interponitur de jure publico, sive de iis quæ ad publicam læsionem respiciunt, sed tantùm de re familiari: quæ est distinctio Labeonis, probata ab Vlpiano *in l.*7.§.13.*si paciscar.ff.de pact.* Pacta autem de re cujusq; familiari & privata, quibus quis sui juris persecutionem deteriorem constituit, vel jus suum remittit, valere & renunciantibus actiones suas non esse dandum regressum; non est dubium.*l.*46.*pactum in fi.ff.de pact.l.pen.C.eod.l.*41.*si judex.ff.de min.d. l.*14.*quæritur.*§.*pen.ff.de æd.ed.* Notandum ex *eadem l.* 31. *de pact.* Quod Vlp. non distinguit inter pactum tale, sitnè initio sive in ipso negotio venditionis gerendo interpositum; an postea. Sed tamen hoc interest; quod pactum ab initio interpositum valet ad actioné, posteà vero sive ex intervallo, tantùm ad exceptioné proficit.

III. Exemplum præbet contractus Dotis. Valet enim pactum, ut maritus de periculo dotis æstimatæ non teneatur, sed dos sit periculo mulieris, quæ aliâs sine pacto esset periculo mariti. *l.* 6. *Pomponius.ff.de pact. dot.*

IV. Exemplum sumitur ex contractu commodati. Valet pactum, ut commodatarius tantùm de dolo teneatur. *l.5.§.10.interdum.ff.commod.* cùm aliàs etiam levissimam culpam præstare deberet, ut est *in ead.l.5.§.2. in fin.* & exposui supra *sub capite De Commodato.* Et similiter in quolibet contractu potest convenire, ut minus præstetur: v. g. ut ubi regulariter levissima quoque culpa præstetur, tantùm levis, etiam dolus duntaxat præstetur. Vbique enim valet regula: Contractus ex conventione legem accipere: & conventioni standum esse: &, pacta quæ placuerunt esse custodienda: & fidem non esse frangendam. *l.1.§.si convenit.ff. depos.l.contractus. de R. I.in 6. l.1.ff. de pact. l.1.ff. de const. pec. l.20.non minorem. Cod.de transf. Simplicius in comm. ad Enchir. Epict.* Hic tamen notanda est exceptio, quam & Accursius tradidit, nempe, In dotis datione non valere pactum, ut maritus eam accipiens de dolo solummodò teneatur. *d.l.6. in pr. ff. de pact. dot.* Ratio exceptionis est, quia tali pacto deterior fieret conditio dotis. Talia autem pacta rejiciuntur *l. 2. l.4.l.14. de die.cum 4. ll.seqq.ff.de pact.dot.l.27.si unus.§. 2. in fi.ff.de pact.* Repugnant enim favori dotis, & consequenter etiam utilitati publicæ. *arg. l. 2. ff. de jur.dot. & l. 1. ff. sol.matr.*

V. Exemplum est ex Mutuo & aliis contractibus sumptum. In mutuo, item in emptione valet conventio, ut liceat particulatim quoque exsolvere quod acceptum est, vel debetur. *l. lecta. 40. ff.de reb.cred.* Alioquin ita jus est, ut pecunia reddi debeat semel & una pensione, sicut etiam una vice data est, non autem per partes: Quia particularis solutio non minima habet incommoda. *l.41.tutor. §.1.ff. de usur. l. 3. planè. ff. fam. ercisc.* qua de re tractatur ad *l.12.quidam existimaverunt.ff.de reb. cred.* fac.etiam *l.31.Iulianus.§.offerri.ff.de act.empt.*

VI. In fidejubendo si convenerit, ut fidejussores non singuli in solidum teneantur, sed quisque pro parte tantùm conveniatur, sive ut actio inter eos dividatur; valet pactum: nec nisi in viriles partes singuli poterunt conveniri: cùm nec plus debeant ab initio. *arg.l.51.inter in pr.ff.de fidejuss.* Dices, atqui etiamsi nihil convenerit, tamen unus ex pluribus fidejussoribus conventus, potest petere, ut actio inter confidejussores dividatur, ex epistola D. Hadriani, de qua notum est ex *Inst.§.si plures. tit. de fidejuss.* Resp. Multum interest Nam ex epistola D. Hadriani tutus est fidejussor unus ex pluribus tantùm ope exceptionis: & tunc demùm, si & cæteri sint solvendo. Sed si quis inter fidejubendum pactus sit, is ipso jure tutus est, & quidem etiamsi cæteri confidejussores non sint solvendo. Omninò, inquam, & indistinctè in ipsum tantùm pro parte virili dabitur actio.

VII. Exemplum est *in l.27.si servus servum.§.29.si calicem.ff.ad L.Aquil.* Vbi valet pactum locationi adjectum, quo convenit inter artificem & eum, qui materiam ipse laborandam dat, Ne artifex suo periculo faciat. Quæ res tollit actionem ex locato & Aquiliæ.

Ex his ergò satis jam intelligitur, quæ vis sit pactorum contractib. incontinenti adjectorum, sive per ea quid adjectum fuerit, sive quid detractum: sive, inquam, convenerit ut plus prẹstetur, sive ut minus. Nempe hanc vim esse, ut forment contractum: ut legem illi dent: ut insint contractui: ut pars sint contractus: deniq; ut actionem producant ad id quoque præstandum, quod pacto comprehensum est, non minùs quàm si ipso contractu contineretur.

Hac

Hac occasione jam exoritur quæstio de genere actionis, Quænam ergò detur actio ex pacto contractui initiò adjecto, sive ut vulgò loquuntur, per cohærentiam contractus vestito? annè actio eadem, quæ competit ex ipso contractu per se, quando nullum adjicitur pactum, an verò alia detur actio, puta præscriptis verbis. Antiqua hæc est controversia inter Dd. agitata: quorum alii, ut Accursius & plerique eius sequaces contenderunt; Ex pacto tali adjecto contractui incontinenti non nasci actionem illam quam produceret alioquin ipsa obligatio contractus: sed actionem præscriptis verbis competere ad implendum id, quod pacto convenit. Alii contrà negant hîc dari præscriptis verbis actionem, sed potiùs illam ipsam, quæ ex contractu alioqui nasceretur. In qua sententia est etiam Alciatus *lib.5.parad. c.1.* Quę quidem sententia XII. non contemnendis rationibus propugnari potest: quas profert & examinat Berengarius Fernandus Tolosanus *in comm. ad l. pacta conventa de contr. empt.* Alii deniq;, ut Duarenus, mediæ cujusdam opinionis fuerunt. Nam utramq; dant actionem, & ex contractu orientem, & præscriptis verbis: quarum hanc per illam negant excludi. Nimis longum foret, si hoc loco vellem utriusque partis, vel etiam tertiæ fundamenta repetere. Hæc igitur videri poterunt apud diligentissimum illũ & subtilissimum commentatorem Berengarium, qui in Oscensi Academia Hisp. ante annos 70. floruit. Eius enim librum à me correctum & illustratum brevi in publico exponent Bibliopolę: Illud non dissimulo; me hanc rem, quæ in foro exiguũ, ne dicã nullum habet usum, indecisam relinquere in medio: ut quã quisq; voluerit sententiam disputando tueri possit: quamq; clar. collega meus D. Scip. Gentil. *in prel. ad l. 7. §. quinimo ff. de pact.* sententiam Alciati prætulit cęteris.

Absoluta priore regula de pactis contractui in continenti adjectis, & viso eorum effectu, restat ut etiam de pactis EX INTERVALLO factis pauca exponamus: de quibus erat nostra regula: nempe, *Pacta ex intervallo facta non parere actionem, sed tantùm exceptionem.* Cujus rationem jam suprà indicavi, Quia talia pacta non sunt pars contractus, sed planè ab eo separata, ac nuda, ac per se consistentia. Ergò si hîc quoque daremus ex iis actionem, committeremus contra regulam Iuris, *Ex pacto nudo non datur actio.* Etsi enim talia quoque pacta, quæ ex intervallo fiunt, habent in se consensum: tamen non quivis consensus efficit ad producendam actionem. Valent tamen eiusmodi pacta ad exceptionem: quia faciliùs damus exceptionem quàm actionem: cùm exceptiones sint arma reorum, ad se contra actoris impetitionem defendendum comparata: Actiones autem sint arma sive tela actorum ad impetendum pulsandumq; Reum: ut sæpè *pulsare* pro *judicio convenire* in legibus, præsertim Impp. positum invenitur. Iam vero favorabiliores Rei potiùs quam Actores habentur: sicut etiam defensionis maior est in jure favor, quam offensionis. In summa, cui datur actio, eidem etiam exceptio: sed non contrà, quisquis exceptionem habet, eidem & actio competit. Excipitur vix una & altera exceptio, quæ in modum querelæ sive actionis proponi potest: ut exceptio non num. pecuniæ, non num. dotis, & si quæ similes sunt: de quibus alibi pleniùs dicendi locus est magis oportunus ac proprius.

In præsentiarum potiùs videamus paulò distinctiùs de pactis ex intervallo factis. Quædam enim illorum sunt *de substantia*, quædam *de adminiculo* contra-

ctus præcedentis. Quid sit *substantia contractus*, quid *adminicula*; repetendum est ex supra traditis *inter Evidentialia seu præliminaria hujus cap. de pactis.* Vt priùs dicam de pactis ex intervallo adjectis contractui de ejusdem SUBSTANTIA; eorum duplex est vis in contractu qui consensu constat. Nam aut ipsum contractum tollunt, & quidem ipso jure, rebus integris vel redintegratis: aut sublato priore contractu, ejusvè parte aliqua, constituunt novum. V.g. convenit inter me & te, ut domus mea esset tibi empta mille florenis. Deinde ex intervallo re integra, i.e. antequam vel tu mihi pretium numerasses, vel ego tibi domum tradidissem, aut etiam postquam & ego tibi pretium numeratum, & tu mihi domum quam tradideram restituisses, placuit inter nos, ut domus esset inempta. Per hoc pactum prior contractus venditionis, & obligatio atq; actio inde nata, tollitur ipso jure: & tu atq; ego contraria ista voluntate ab invicem liberamur. §. *ult. I. Quib. mod. toll. obl. l. 7. §. adeò, & l. 58. ab empt. ff. de pact. l. 5. cum emptor.* §. 1. *ff. de resc. vend. l. 1. & 2. C. quan. lic. ab empt. discedere.* Exempla similia peti possunt ex contractu Locationis-conductionis, Societatis & Mandati: qui omnes solo consensu contrahuntur: ut notum est ex *Inst.* & *l. 2. ff. de obl. & act.* Quæritur, quid si in emptione-venditione datæ sint arrhæ, (quod argumentum emptionis & veditionis contractæ dicit esse Imp. *init. tit. Instit. de empt. & vend.*) an hoc etiam casu res integra dici possit, ut liceat sine consensu discedere ab emptione? Omninò hoc dicendum est cum Vlp. *in l. 11. ex empto. §. is qui vina. ff. de act. empt.* & cum Impp. *in l. 2. C. quan. lic. ab empt. disced.* Quæ autem tunc ad repetendum arrhas rescisso contractu dentur actiones, petendum ex *d. l. 11. §. is qui.* videatur *l. 3. ff. de resc. vend.* & *l. in omnib. ff. de solut.* Ratio supradictæ regulæ sumitur ex vulg. reg. Iur. *Nihil tam naturale est, quàm unumquodq; eo modo solvi quo ligatum est, l. 35. ff. h. t. l. 80. prout. ff. de solut.* Cum itaq; emptio-venditio, aliique similes contractus consensu contrahantur; non est mirum, quod dissensu contrario, sive contrariæ voluntis adminiculo, ut Gordianus Imp. ait, distrahantur: & quidem ipso jure, h.e. ita ut non opus sit opposita exceptione, quæ tunc demum habet locum, quando superest actio, quam elidere vel excludere possit exceptio. Est enim omnis exceptio actionis exclusio. *l. 2. ff. de except.* ubi ergo non est ulla actio, non est etiam exceptio: cùm privatio præsupponat habitum. Atque ita patet, quomodo pactum ex intervallo factum planè tollat priorem contractum & obligationem ex eo.

Aliquando autem fit, ut non in totum recedatur à contractu priore, & is totus tollatur; sed tantùm ex parte. V.g. pacto recedi potest ab emptione in parte eius, puta fundi tertia, quarta vel dimidia: quasi alterius partis vel reliquarum emptio fuisset repetita ac renovata. Nam si in totum potest abiri à contractu; quidni etiam pars eius possit reformari? Si tota res tolli potest, quidni etiam possit pro parte reformari? Si tota emptio dissolvi potest, ergo & pars ejus. Videatur hac de re pulchrè disserens Vlp. *in l. 7. §. 6. adeò. ff. de pact.* ubi hoc & Pomponii & Iuliani auctoritate confirmat. Facit eodem & vulgata illa sententia. *Quod est juris de toto quoad totum, idem est juris de parte quoad partem. l. 75. quæ de tota. & ibi Bart. ff. de rei vind.* Nec interest, sive pactum illud, ut pars rei sit inempta, factum sit cum uno emptore, sive cum aliquo ex pluribus heredibus emptoris. Nam & hîc pro parte dissolvitur emptio, pro parte manet. *dict. §. adeò, vers. sed cum duo.*

Hæc

Hæc ita sunt in contractibus, qui consensu fiunt; ut, inquam, re integrâ sive nondum secutâ, vel quod idem est redintegratâ, possint vel in totum vel pro parte dissensu contrario dissolvi sive tolli: & quidem ipso jure tolli. Aliud est dicendum de contractibus, qui non solo consensu fiunt; sed re, verbis aut literis. Tales contractus nudo pacto non tolluntur ipso jure, sed ope duntaxat Exceptionis. *§. praeterea debitor. I. de Except.* Vt ipso jure hîc tolli possit obligatio aliis opus est remediis: De quibus explicatur *tit. Inst. Quib. mod. toll. oblig.*

Sequitur videre, quomodo pacto de substantia contractus bonæ fidei ex intervallo secuto non tantùm vetus contractus tollatur; sed etiam alius novus constituatur. Et si quidem à toto vetere contractu recessum fuerit rebus integris, v. g. si convenerit, ut fundus qui emptus ducentis aureis esset inemptus: & mox placuerit, imò ut domus esset empta quingentis aureis: hoc casu res nullam recipit dubitationem, quin prior emptio fuerit sublata penitus, & nova contracta: Quia & res & pretium hîc est à priore planè diversum. Sed si convenerit de parte, v. g. ut esset pro media parte emptus centum, vel ut totus fundus esset emptus centum & quinquaginta; hîc res non æquè est expedita: sitné dicendus novus contractus in locum sublati veteris substitutus, an verò sit idem contractus, sed reformatus ac renovatus? Certè inter Paulum & Vlpianum sicut aliarum rerum fuit sæpè non levis dissensio, (quamvis collegæ fuerint in officio Adsessuræ apud splendidissimum Papinianum, quod notatur *in l. lecta. ff. de reb. cred.*) ita etiam circa hanc quæstionem dissentientes eorum fuisse opiniones observare licet ex collatione. *l. 72. pacta. vers. Paulus notat. ff. de contr. empt.* cum *dict. l. 7. §. adeò. digest. de pact.* Nam Paulus quidem scribit, videri hîc recessum à priori contractu, & novam emptionem intercessisse, quando convenit rebus integris de pretio augendo vel minuendo. Idem puto dici posse, etiamsi & res empta fuerit aucta vel minuta: cùm sit eadem ratio. Nam æquè res ad substantiam emptionis pertinet, atque pretium. Et cum Paulo sensit etiam Pomponius: ut videre est *in l. 2. digest. de resc. vend.* ubi ait discessum esse à priori emptione, eamque infectam esse redditam per talem conventionem, ut res, quam semel à te emi certo pretio, pluris vel minoris empta esset: & ita consistere hîc posterionem emptionem, quasi nulla præcessisset. Vlpianus verò nô dicit, hîc novum fieri contractum sublato veteri, ut novam intercessisse emptionem, sed priorem potiùs reformatum esse: & videri quadammodò quasi renovatum: idque non insubtiliter dici posse. Ex quibus verbis *d. §. adeò.* satis apparet, quàm cautè adeòque timidè etiam de hac re Vlpianus loquatur. Videtur autem eo respexisse, Quod non possit dici planè novum id, cujus eadem manet materia, licet ei aliquid vel decesserit, vel accesserit, *arg. l. 76. proponebatur. digest. de judic.* ubi Alfenus elegantibus aliquot exemplis probat, partibus licet commutatis, non tamen aliam rem fieri, sed eandem remanere. Quæret quispiam, Quid ergo interest, utrum hoc, an illud dixerimus? An, inquam, vetere contractu sublato ponamus novum intercessisse: an mansisse veterem, sed reformatum seu renovatum esse? Non parum certè refert utrùm statuamus: quod demonstrat Iason post alios, quos allegat *ad d. §. adeò,* & Cynus *in l. 12. pacta novissima Cod. de pact.*

Dixi de pactis ex intervallo super substantia contractus. Restat ut dicamus de vi pactorum quæ fiunt ex intervallo super ADMINICULIS CONTRACTUUM quæ vulgò vel *naturalia* vel etiam *accidentalia contractuum* vocant Interpretes, ut supra *in Evidentialibus hujus cap.* monui. Regula esto: *Pacta de adminiculis contractuum ex intervallo, sive posteaquam contractus erat absolutus, adjecta, siquidem talia sint, ut detrahant aliquid contractui continentur contractu: Sin autem aliquid adiiciant, non insunt; nempe ut valeant ad actionem: veruntamen vires habent jure exceptionis*: ut loquitur Papinianus *in leg. 72. ff. de contr. empt.* In ea enim lege est fundus huic regulæ, & ex eadem petenda sunt exempla adminiculorum contractus adhibito post alios Interpretes etiam Berengario Fernando, & Cujacio *in comm. ad Papin. libr. 10. Quæstionum.* Nolo enim huic rei nimis diu immorari. Videri etiam potest Constantinus Harmenopulus. *lib. 6. tit. De diversf. reg. jur.*

Ad extremum observetur ratio, cur pactum contractui adjectum toties dicatur à Iurisconsultis *Lex contractus*, verb. gr. *Lex Locationis*, *Lex pignoris*, *Lex dotis*, *Lex emptionis*, *Lex depositi*, *&c.* quæ loquendi formulæ passim in Pandectarum & Codicis lectione occurrunt. Rationem nominis didici ex Marco Antonio Delrio. *cap. 19. ad h. l. in princip.* Quia scil. apud veteres pleræque conventiones legis instar. imperandi modo concipi solebant: ut apud Catonem *De re rustic.* Varronem item, & Ciceronem *in Verrinis* observare licet. Non tantùm autem à modo loquendi hoc fluxisse videtur, ut pacta dicantur leges contractuum: sed etiam ab effectu, quem cum legibus habent communem. Nam ut leges dant formam negotiis hominum. *l. 7. Leges & Constitut. Cod. de LL.* ita etiam pacta. Nam & leges ipsæ sunt nihil aliud quam pacta quædam & communis sponsio reip. *l. 2. ff. de LL.*

CAPVT XVII.

DE PACTO NE DOLUS IN BONAE FIDEI contractibus præstetur.

CApite præcedente diximus de quibusdam pactis contractui adjectis, quæ non dant legem sive formam contractibus, sed inutilia sunt & nullius momenti. Tale est etiam pactum de dolo non præstando: quod sub hoc capite explicabimus. Ait Vlpianus: *Excepto eo, quod Celsus ait, non valere, si convenerit, ne dolus præstetur. Hoc enim bonæ fidei judicio contrarium est. Et ita utimur.* Quæ verba primùm singulatim explicabo: tùm de re ipsa videbimus, & quid objici possit, quomodo sit refellendum.

Excepto eo.) hoc aliàs ICti solent ita efferre: *Extra quàm, præterquàm, nisi &c.* de quibus formulis exceptionum dixi *ad Inst. tit. De except.*

Quod Celsus ait.) Celsus in ff. sæpè laudatur ab aliis ICtis. Fuerunt autem duo Celsi, pater & filius, ut etiam ex *l. 2. in fi. digest. de orig. jur.* didicimus: Quorum ille,

ille, Iuventius Celsus, in consilio fuit Duceni Veri Consulis: hic Iulius Celsus dicebatur, & ex consiliariis Adriani Imperatoris fuit, teste Spartiano: iterùm etiam cos. teste Pomponio. Idemque & Celsus adolescens nominatur in *l. 91. si servum. §.3. sequitur.ff.de verb.oblig.* Nam sicut Nerva filius admodum juvenis de jure publicè responsitare cœpit, cùm esset 17. annos natus, ut est in *l.1. §.3.initium.ff.de postulit*a & hujus Celsi ingenium maturè effloruisse accepimus. Scripsit autem undequadraginta libros Digestorum, ut constat ex Indice P.Fl. præfixo. Laudat autem patrem suum filius in *l.29.pater meus referebat.ff.de leg.2.* Ejus nobile apophtegma fuit, referente Paulò, *In quæstionibus de bono & æquo sæpè sub auctoritate juris scientiæ pernitiosè errari.d.l.91.§.3.ff.de V.O.* Idem etiam peculii definitionem Q. Tuberonis conservavit nobis, teste Vlpiano *in l.5.* & ipso Celso, *in l.6.ff. de pecul.* Idem etiam *in l.79.si chorus.§.1.ff. de leg.3.* conservavit nobis prudens dictum senum rusticorum, quos sæpè dicentes audierit Proculus, *pecuniam sine peculio fragilem esse*: id est bonum patremfamil. debere præsidii causa aliquos numos seponere, ne omnia in quotidianos usus eroget, sed aliquid comparcat: Das er nicht allein einen zehr/ sondern auch einen noth vnd ehrenpfenning habe/ ut Germani eleganter dicunt. Hæc obiter de historia & προσωπογραφίᾳ istius Celsi: cujus magnam fuisse auctoritatem apud alios Iurisconsultos, vel hic locus satis arguit. Habuerunt autem hunc morem frequentissimum ICti, ut posteriores priorum testimoniis suas confirmarent sententias & opiniones. Cujus rei sexcenta ex P. exempla proferri possent.

Sequitur ipsa regula, quæ ad priorem sententiam relata, est ejus exceptio: *Non valere pactum, si convenerit, ne dolus præstetur.* Intelligendus est autem dolus non præteritus, sed futurus: sive, quem paciscens demum post pactum commissurus est, non quem anteà jam admiserat. Ratio infrà intelligetur.

Sequitur in verbis Vlpiani: *hoc enim bonæ fidei judicio contrarium est.* Quibus verbis ratio continetur. Nam cùm in bonæ fidei contractibus & judiciis exuberet bona fides. *l. 3. C. pro soc.* Et in hujusmodi contractibus maximè exigatur. *l. 5. si dolus. C. de resc. vend.* Vnde etiam nomen acceperunt, ut apud Ciceronem *lib.3.offic.* & explicatur *ad §. in bonæ fidei.I.de act.* Non debet contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahi. *l. pen. C. depositi.* Hoc autem fieret, si tale pactum de dolo non præstando admitteremus & toleraremus. Sicut igitur pacta, quæ contra substantiam contractus adjiciuntur, ipsum contractum evertunt & annihilant, ut suprà dictum *cap. præced.* Ita etiam istud pactum: quia naturæ contractuum bonæ fidei contrarium est. Sunt tamen & aliæ rationes, quare hujusmodi pacta non valeant, de quibus infrà. Ex his autem Vlpiani verbis datur intelligi, hìc tantum de bonæ fidei contractibus agi: quod etiam superiora exempla confirmant. Bonæ fidei igitur contractus vitiantur adjectione pacti de dolo non præstando, & ipso jure nulli sunt. Stricti verò juris contractus, quamvis tali adjecto pacto, tamen valent ipso jure. Ad infirmandam ergo actionem inde ortam opus est exceptione. *arg. l.36. si quis cum aliter.digest.de V. O. l. pen. C.de inut. stip.*

stip. Quæ est notabilis differentia contractuum bonæ fidei à contractibus stricti juris. Videatur & *l. 7. & eleganter. §. 3. digest. de dol. mal.* & *l. 3. §. ultim. digest. pro soc.* & *l. 1. Codic. de resc. vend.* Eandemque notarunt etiam Contius, & Delrio *hic.* Ratio differentiæ est, Quia etsi etiam in strictis judiciis valere debet æquitas, *arg. l. 8. placuit. de judic.* tamen aliud est æquitas, sive jus & justitia, aliud est bona fides. Hæc enim plus quiddam est quam æquitas & justitia. Estque bona fides, copiosa, exuberans, atque super abundans quædam æquitas; ut cum A. Contio *hic* loquar. Et hæc in bonæ fidei contractibus ac judiciis dominatur & attendi debet: non sic in strictis.

Tandem additur in verbis Vlpiani: *Et ita utimur.*) Significare vult hoc jus usu receptum esse. Alibi plenius dicere solent & Vlpianus & alii, *Hoc jure utimur.* Videatur *l. 27. hoc jure utimur. ff. de evict.* & *l. 29. hoc jure utimur. in pr. ff. de donat. l. 3. hoc jure utimur. ff. de aq. quot. & æstiv. l. 10. hoc jure utimur. ff. de Verb. Orig. l. 86. hoc jure utimur. ff. de solut.* & *l. 195. hoc jure utimur. ff. h. t. de R. I.* Admonemur hac formula, Illi maximè juri & nos operam dare debere, quod in usu sit; sive, ut alibi Iustinianus loquitur, quod in ipsis obtineat rerum argumentis, ut est *in procem. Inst.* & *in fin. tit. de satisd.* Etsi enim etiam jus antiquum suam habet utilitatem: ut indicat Imp. *in §. 2. I. de legat.* & ibi explicatur à Dd. tamen non nimium in illo immorari debemus, sed potiùs ad jus quo utimur subinde respicere ac festinare: memores illius, quod ait Plinius *lib. 8. ep. 14. ad Aristonem. Quotus quisq; est tam patiens, ut velit discere, quod in usu non sit habiturus?*

His ita ad verba Vlpiani, breviter annotatis, rem ipsam paulo pleniùs excutiamus. Regula igitur hæc esto: *Etsi magna vis est pactorum in contractibus, quæ legem illis dare & contractum formare perhibentur: Tamen expressum pactum, ne dolus futurus præstetur in contractu bonæ fidei, non valet, sed irritum est, & nullius momenti.* Confirmemus hanc sententiam & aliis legibus. Sic igitur & Paulus ait *in l. 27. si unus. §. 3. ff. de pact. Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur.* Idemque Paulus in specie de commodato hoc affirmat *in l. 17. in pr. ff. commod. In commodato hæc pactio, Ne dolus præstetur rata non est.* Et similiter Vlpianus *in l. 1. §. 7. illud. ff. depos. Illud non probabis, Dolum non esse præstandum. Nam hæc conventio contra bonam fidem, contraq; bonos mores est: & ideò nec sequenda est.* Ratio dubitandi esse videbatur: quia qui adversario suo pacto remittit necessitatem præstandi doli, is suo juri renunciat: hoc enim cuilibet est liberum. *l. pen. Cod. de pact. cum simil.* Ergo hoc pactum valere videbatur. Sed respondetur: Potest quidem quisque suo Iuri renuntiare; verum tamen ita ne quid de jure publico detrahat: ne quid contra substantiam & naturam contractus conveniat: nevé quid contra bonos mores admittat, sive occasionem & irritamenta præbeat ad delinquendum: Id autem faceret, qui paciscitur, ne dolus præstetur.

Satis vel nunc jam hinc intelligitur ratio hujus regulæ: tùm quia hujusmodi pactum sit contrarium bonæ fidei judicio; ut *hic*: tùm quia sit contra bonos mores, ut *dict. l. 1. §. 7. illud. ff. depos.* tùm quia invitet ad delinquendum. *l. 5. illud convenire. §. 1. ff. de pact. dot.* tùm denique quia afferat contemptum legum; sive, ne jus civile

civile impugnetur. *d. l. 5.* Et has quatuor rationes etiam affert Constant. Harmenopulus, ex eoque recitat& probat etiam Ant. Contius *hic.* Cumque eædem rationes militent etiam in pacto *ne agatur furti, ne Rerum amotarum, ne injuriarum, ne de moribus agatur, ne ob res donatas, ne experiatur quis interdicto unde vi &c.* meritò etiam tale pactum à jure reprobatum est. *d. l. 27. §. 4. pacta quæ turpem. digest. de pact. & d. l. 5. illud convenire. in pr. & §. 1. digest. de pact. dot.* In qua lege per *Ius Civile* intelligitur prohibitio illa donationis inter conjuges, quàm Vlpianus *in l. 1. digest. de don. int. vir. & ux.* scribit moribus esse receptam. Quomodo & alia alibi dicuntur esse moribus recepta, quæ constat esse juris civilis. *l. 8. ff. de his qui sui. l. 2. ff. de vulg. & pup. subst.*

Quisquis de delicto aliquo agit, idem etiam de dolo agit, sine quo delictum nullum committitur: tametsi de dolo actio separata quædam ac propria sit. Expedit autem (scilicet Reipublicæ) timere furti vel injuriarum pœnam, ut ait Paulus *d. l. 27. §. 4.* quasi dicat, cùm oderint peccare mali formidine pœnæ: hæc autem formido, & hic timor, per tale pactum tollitur. Quid enim metuet, qui scit, quicquid faciat, non tamen se ob id judicio conveniri, aut ad pœnam ullam condemnari posse? Etenim maxima est ad peccandum illecebra spes impunitatis, ut est etiam apud Ciceronem: Contrà verò expedit Reipublicæ ne delicta maneant impunita. *l. 51. ita vulneratus. §. Quod si quis. ff. ad l. Aquil. l. 95. Stichum. §. 1. ff. de solut. l. 70. §. ult. ff. de fidejuss. l. 9. §. quod illicitè. ff. de publ. & vectig.*

Illud quæri video ab Interpretibus, utrùm sicut de dolo, ne præstetur, pacisci non licet; etiam de lata culpa prohibita sit pactio, eam, sive præstationem ejus, remittens? Et quamvis Castrensis & alii *ad l. 27. si unus. ff. de pact.* existiment, valere pactum, ne lata culpa præstetur: tamen verior mihi videtur contraria sententia negantium: in qua præter alios etiam Ant. Contius *hic p. 52.* Rationem hanc reddere possumus, omissam ab aliis: Quia tale pactum non minùs invitaret si non ad delinquendum, ut pactio de Dolo non præstando, saltem ad segnitiem & socordiam ac supinam negligentiam, quæ in contractibus non minùs damnosa esse solet quàm ipse dolus: Vnde etiam Lata culpa dicitur passim à ICtis dolo proxima, imò etiam dolus esse (scil. præsumptus ut loquuntur Interpretes.) qua de re suprà *inter præliminaria hujus legis capita* diximus. Antonius Delrio etiam tali utitur argumento à majori ad minus: Testamento non potest remitti lata culpa. *arg. l. 1. Cod. de usufructu.* ubi non valet remissio cautionis usufructuariæ facta marito ab uxore: cùm tamen illa cautione de utendo fruendo dolus & lata culpa contineatur. Ergo multò minùs poterit lata culpa pactis contrahentium remitti. Ratio consequentiæ est: quia major est ultimarum voluntatum & testamentorum favor quam contractuum: ut explicatur ad *l. 12. in testamentis. ff. de R. I.*

Porrò non est perfunctoriè attendendum ad duo illa verba, quæ in regula superiore posui: *Expressum, & futurus.* Nam, ad primum quod attinet: Expressum duntaxat pactum, quo scil. disertè mentio fit doli remittendi, reprobarunt legislatores: non etiam tacitum. *l. 27. si unus. §. illud nulla. ff. de pactis.* V. G. vel paciscor tecum, dum res meas fidei tuæ commendo, ne mihi in hoc contractu depositi præstes dolum: vel paciscor tecum, ne omninò agam adversus te depositi.

Hîc duo sunt pacta: quorum posterius valet: (Nam acturo tecum depositi, obstabit exceptio pacti, ad elidendam actionem, quam tibi remisi) prius non valet, eoque non obstante, nihilo seciùs teneberis mihi de dolo, si quid fraudulenter citra deposium egeris. Dices, Atqui etiam is, qui paciscitur ne agat depositi, videtur remittere pacto necessitatem præstandi doli. Nam depositi non agitur nisi ob dolum, vel latam culpam. Respond. tametsi hoc negari non potest quin ita sit: tamen multum interest, an expressa fiat mentio doli; an verò tacitè & vi ipsa sive effectu remittatur dolus. Multum interest, directè, quid agas, an obliquè & tectis verbis. Nam, ut alibi sæpè, ita hic quoque, major vis est expressi quàm taciti: & expressa nocent, non expressa non nocent: ut habet reg. Iuris *l. 195. h. t. & l. 52. nonnunquam. De cond. & demonst. l. 68. si quis Sempronium. ff. de her. inst.* quamvis aliàs nonnunquam taciti eadem sit vis quæ expressi. atque hæc responsio sumitur ex ipso Paulo *d. l. 27. §. illud nulla. ff. de pact.* ubi pro *Vi ipsa*, leguntalii eodem sensu *re ipsa*: sed illud elegantius est. Sicut autem actio depositi potest pacto remitti, sic & aliæ actiones similes, ut commodati, mandati, pro socio, empti venditi, locati conducti &c. Sed in nulla harum potest remitti præstatio doli. Nam pactum, ne hac vel illa actione ex contractu tenearis, nullam continet turpitudinem, neque contra bonos mores est, vel ad delinquendum invitat: Sed pactum expresè mentionem faciens doli, eiusque præstandi necessitatem remittens, manifestam continet turpitudinem, & adversatur bonis moribus, & delinquendi præbet incentivum & occasionem.

Deinde quod ad futurum dolum attinet, sive nondum commissum, cur ille solus pacto remitti non possit; præteritus autem possit remitti: diversitatis ratiò illa est: quia in præteriti doli remissione cessat ratio prohibitionis; quæ erat, ne homines ad delinquendum invitarentur: cùm jam dolus sive delictum sit admissum; nec metuatur admittendum: meritò itaque & ipsa cessabit prohibitio. Idemque etiam de delictis futuris & præteritis, sive committendis & commissis, verum est: ut de illis pacta non valeant: de his valeant: Nam potest quis post furtum sibi factum, post vim, post injuriam sibi illatam, post res amotas &c. pacisci ne agat furti, vel vi bonorum raptorum, vel interdicto unde vi, vel injuriarum, vel rerum amotarum &c. *l. 17. si sibi. §. 1. & l. 27. si unus. §. pacta quæ turpem. ff. de pactis. l. 11. non solum. §. 1. vers. proinde. ff. de injur.* Sed antequam illorum delictorum aliquod fuerit perpetratum, non licet ita pacisci, ne quis hac vel illa actione ex delicto futuro teneatur. Differentiæ ratio eadem est, quæ modò indicata.

Quæritur etiam obiter, an qui pactus est ne secum ageretur furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, &c. infamia notetur? Ita quidem dicendum videbatur ex *l. 1. §. 5. qui furti. & l. 4. ultim. digest. de his qui not. infa.* ubi non tantùm condemnatus furti, aut simili quapiam actione, infamis efficitur, sed etam is, qui pacto impetravit ab adversario ne secum ageretur. Veruntamen contraria sententia æquior est, ut scilicet pactus gratuitò, sive absque pretio, non sit notatus infamia. Alioquin enim sine precibus quidem hîc daretur locus, nec ullo pacto licceret

liceret impetrare ne secum ageretur, nulla veniæ ratio esset: quod inhumanum & crudelitati proximum esset. *l. 6. furti.* §.3.*pactusve.ff. d.t.* Nec obstant *d. l.* 1. §. 5. *qui furti.* & *d.l.*4.§.*ultim.* Nam ibi pactus intelligi debet is, qui pretio, hoc est, aliquo dato vel retento, id egit, h.e. qui transegit de tali quopiam delicto. Sic enim ipse Vlpian. interpretabatur nobis Edicti prætoris verba. *d.l.*6.§.3.*pactusve.* Et hoc Delrio quoque admonuit *hic*, *cap.* 20. *sub rubr. pragmatica interpretatio.* ubi & hoc rectè addit, Si ex contractu veniat actio, quocunque modo quis paciscatur ne secum agatur, sive gratis, sive dato pretio, id est pacto propriè dicto, sive transactione, eum effugere infamiæ notam, licet damnatus non effugeret. *l.7.in actionibus.ff. d.t.* Vbi & rationem differentiæ Paulus hanc addit, quoniam ex his caussis non tam turpis est pactio, quam superioribus. Cur ita? Ratio rationis est: Quia delicti & doli ipsum nomen est abominabile & probrosum, *argum. l.*42.*ff. de V. S.* Non ita contractus vel quasi contractus, qui per se liciti & ferè jurisgentium sunt: quamvis interdum illicita aliqua, ut doli fraudesque, etiam ipsis intercurrant. Atqui ita etiam isti legis nostræ parti, quæ Pacta de dolo non præstando reprobat, satisfactum esse arbitror.

CAPUT XVIII.

DE CASIBUS FORTUITIS.

RELiquum est, ultimum legis nostræ caput: quod est de casibus fortuitis, sive damnis fatalibus, seu iis, quæ vi maiore accidunt, nullaque diligentia humana prospici, præcaveri, vel averti possunt. De his idcirco nobis hoc loco brevior atque facilior erit tractatio: quod jam nonnulla præmiserimus suprà, cum evidentialia hujus legis proponeremus: ubi dixi, tùm de vocabulo, seu variis appellationibus casuum fortuitorum: tùm de re ipsa: quid, inquam, sint casus fortuiti & unde existant: tùm de variis speciebus & exemplis casuum fortuitorum, quæ hinc inde per leges sunt dispersa. Hæc nihil necesse est: nunc repetere, novâ aliquâ doctrina institutâ.

Illud tantùm superesse videtur, ut dicamur, quod nam sit jus casuum fortuitorum: qua de re hæc traditur regula: *Quæ fortuitis casibus seu vi majore accidunt, sive damna fatalia, quæ nulla diligentia humana præviderі, nulla vi præcaveri potuerunt, ea ex natura contractus, in nullo bonæ fidei judicio præstantur*: ut *hic.* §.*animalium verò.* & *l. 6. quæ fortuitis. Cod. de pignoratit. action.* & §.*final. in fine Institut. Quib. modis re contrahitur obligatio. l.*18. *in rebus. in princip. D. Commodat. l.* 1. *Cod. de commod. l.* 1. *Cod. depositi. l.* 25. *si merces.* §. *vis major, digest. Locat. l.* 12. *damnum. Cod. de locat. l.* 1. §.11. *si Magistratus. ff. de Magistrat. conveniend. l.* 2. §. 7. *si eo tempore. D. de Admistrat. rerum ad civit. pertinent.* cum similibus legibus. Ratio est: Primùm quidem; quia

quia una quæque res domino suo perit, ipsiusque periculo est. *l. 9. pignus. Cod. de pignorat. actione*, æquè igitur ipsi erat peritura, etiamsi in contractum v. g. Commodati, Locati, pignoris, depositi, precarii, vel alium similem, deducta non fuisset. Deinde: quia impossibilium nulla est obligatio, ut ait Celsus *in l. 185. impossibilium. inf. h. t.* & facit *l. 31. verum est, eod. titulo.* Iam verò impossibile est homini, casus fatales vel prospicere, vel avertere, atque evitare. *l. 1. §. 4. & ille quidem. vers. is verò. ff. de Obl. & Act. & §. item is cui. vers. sed propter majorem vim. Instit. Quib. mod. re contrah. oblig. d. l. 2. §. 7. si eo tempore. D. de Administrat. rer. ad civit. pertinent.* Cum similibus legibus, quas suprà inter Evidentialia hujus legis recensui: Ex quo apparet, quàm iniquum futurum esset, velle quempiam obligare ad ejusmodi casuum præstationem. Nec obstat, si quis dicat, pacto tamen effici posse, ut casus fortuiti præstentur: tale enim pactum valere, paulò pòst demonstrabo. Respondendum enim ex hujusmodi pacto non obligari aliquem ad impossibile, hoc est, ad id, ut casus fortuitos vel provideat, vel præcaveat: (id quod facere nemo potest, sive id pacto promiserit, sive non promiserit.) sed ad hoc, ut sufferat æstimationem damnorum ita contingentium. Hoc autem non est impossibile, imò in potestate est promittentis, cùm posset non promittere, nec paciscendo se ita obligare. In eandem sententiam etiam P. Peckius aliis verbis respondet, ut refert ipsius discipulus M. Ant. Delrio. *in fin. c. 21. ad h. l.*

Non frustra verò addidi in regula hæc verba: *Ex natura contractus.* Nam pacto conveniri potest, inter contrahentes, ut etiam casus fortuiti præstentur. *d. l. 6. quæ fortuitis in verb. nisi inter contrahentes placuerit. Cod. de pignorat. actione. & dict. l. 1. vers. sed ut cum his. Cod. de commodat.* & *l. 1. in verbis, si non aliud specialiter convenit. Cod. depositi.* Cum similibus: Atque hæc una est exceptio à regula nostrâ: cujus exceptionis hæc est ratio, quia pactum dedit legem contractui: & quia sibi imputare debet, qui præstationem casuum fortuitorum in se suscepit, atque ita durius se obligavit, quàm aliâs regulariter teneretur. Quod itaque semel ei placuit, hoc non potest amplius displicere. *c. quod semel. de R. I. in 6.* & *arg. l. 5. sicut C. de Obl. & Act.*

Sed circa hanc primam exceptionem illud jam olim quæsitum esse video: an pactum quo inter contrahentes convenit, de Casibus fortuitis præstandis, debeat nominatim singulos casus exprimere: an verò sufficiat, in genere sive universè omnes complecti? Prior sententia placuit Iohanni veteri glossatori: Posterior Martino & Azoni: quam & Marc. Anton. Delrio *hîc cap. 21. in pragmatica interpretatione* præfert, ut veriorem: valere inquam tale pactum generale: suscipio in me omne periculum casus fortuiti: & interposito eiusmodi pacto, omnem omninò fortuitum casum præstandum esse, quantum libet etiamsi sit insolitus: *argum. l. 78. fistulas. D. de contrah. empt.* Accedit, quod nusquam vel jurisconsulti vel Imperatores, in suis legibus hujus pacti mentionem facientes, requirunt, ut specialis aliqua enumeratio fiat casuum fortuitorum: ut patet ex *l. 7. Iurisgentium §. item si quis pactus. digestis. de pact.* & ex *l. 39. & Aristoni. digestis. Mandati.* Nec obstat, aut pro Iohannis sententia quidquam facit, *leg. 1. Cod. depositi in verb. si non*

aliud.

aliud ſpecialiter convenit. Nam Imperator ibi non requirit ſpecialem enumerationem caſuum fortuitorum: ſed hoc tantùm vult, opus eſſe pacto quo à communi regula recedatur, ſi caſus fortuiti in judicio bonæ fidei præſtari debent. Secundò nihil etiam juvat ſententiam Iohannis *l.* 4. §. *quæſitum eſt. digeſtis. ſi quis cautionibus &c. in verbis ſed & ego puto conventionem iſtam ita valere, ſi ſpecialiter &c.* Nam ubi non agitur de præſtatione caſuum fortuitorum in contractibus, neque quæritur, an generalis promiſſio ſufficiat, an verò ſpecialis eorundem enumeratio requiratur: ſed quæſtio in ea lege eſt, de generali renunciatione exceptionum ob caſus fortuitos in judiciis: & hanc negat Attilicinus valere; quem & Vlpianus ſequitur, requirens ſpecialem expreſſionem cauſarum. Nec rectè hoc caſu argumentum ducitur à judiciis ad contractus: neque à ſtipulationibus judicialibus vel prætoriis ad ſtipulationes conventionales, ſive ad pacta conventa: inter quæ quantum ſit diſcrimen, explicat hîc Antonius Delrio. Illud tamen non improbo; quod Antonius Contius ex *d. l.* 4. §. *quæſitum.* colligit, pactum de caſu fortuito præſtando, non debere captioſum eſſe, nec ita conceptum, ut generalitate ſua inſidioſum eſſe videatur. Nam & aliàs à bonæ fidei contractibus, omnis dolus, captio, machinatio, & circumventio quàm longiſſimè abeſſe atque exulare debent: ut notatur cùm alibi, tùm ad *l. & eleganter. digeſt. de dolo malo.* Tertiò denique nihil ad rem facit, *l.* 11. *jubemus. Cod. ad SCtum Vellejanum,* ubi generalis renunciatio SCti Vellejani facta à muliere reſtringitur ad contractum ſuper quo interponitur. Quid enim hoc ad generalem promiſſionem de caſibus fortuitis præſtandis? ut ita planè à ſeparatis, & quæ nihil commune inter ſe habent, hîc fiat illatio contra *l. ult. ff. de calumn.* Poſſet etiam pro ſententia Iohannis adferri illud Vlpiani: *Ea quæ notabiliter fiunt, niſi ſpecialiter notentur, videntur quaſi neglecta. l.* 15. *item apud Labeonem.* §. 26. *edictum. D. de injur.* ex quo effici, videbatur, etiam hîc neceſſariam eſſe ſpecialem enumerationem caſuum fortuitorum; & non enumeratos, non venire præſtandos, ex generali promiſſione. Sed Vlpiani illa regula potiùs pertinet ad munus interpretis; cujus eſt ſingula ſub aliquo genere latentia enucleare, & involuta evolvere, quò pleniùs ab auditore lectoreve intelligantur ac pernoſcantur, neque negligantur, quaſi per præteritionem: nequaquam verò ibi Iuriſconſultus enervare voluit vim generalium promiſſionum, vel renunciationum, & ſimilium. Quem illius loci verum intellectum probè notandum puto. Alioquin de generalibus promiſſionibus, conventionibus, ſtipulationibus, pactis, remiſſionibus, renunciationibus, hypothecis, donationibus, & ſimilibus, valere debet regula tralatitia: *Qui omne dicit, nihil excludit:* & *generalis enumeratio generaliter eſt exaudienda, atque intelligenda.* Illud hîc minimè prætermittendum puto, ſi quis aliquot fortuitos caſus enumeraverit ſpecialiter, eum de aliis non expreſſis non teneri: Idque ex alia vulgata regula: *Aliquorum incluſio, cæterorum ejuſdem generis eſt excluſio.* Quamvis aliud eſſet dicendum, ſi quibſdam caſibus enumeratis, poſteà ſubiecta fuiſſet generalis clauſula, omnes alios univerſim comprehendens.

Succedit ſuperiori alia quæſtio, eaque potiſſimùm ad verborum ſignificationem pertinens. Quid enim ſi paciſcentes non dixerint de *periculo caſuum fortuito-*

tuitorum, sive *de casu fortuito*, & *damno fatali præstando*; sed simpliciter *de periculo &c.* in contractu *præstando*: quid hîc appellatione periculi continebitur? Resp. secundum variam contractus, quo de agitur, naturam, variam quoque esse significationem *periculi*. Aliquando enim periculi vocabulum significat damnum quod levissima culpa accidit: v. g. Si pactum de eo præstando adjiciatur contractui, in quo aliâs regulariter ex ipsius natura vel dolus tantùm, vel dolus & culpa præstatur. Aliquando verò periculum significat casum fortuitum, seu damnum fatale, & vim majorem. Quam distinctionem aliquot legibus comprobat Delrio: cui assentior.

Et hactenus de prima exceptione à regula nostra: nempè si pacto (intellige, incontinenti sive in ingressu contractus adjecto, secundum doctrinam superiorem) promiserit quis, se casus fortuitos præstiturum. Nec refert, utrum in genere quosvis casus nominaverit, an in specie enumeraverit. Quod duobus modis fieri potest, vel generali clausula sub finem specialis enumerationis adjecta: vel hac omissa, secundum ea, quæ superiùs tradidi, sub *finem quæstionis primæ*.

Nunc cæteras exceptiones videamus. Secundò igitur fallit regula de casibus fortuitis, si dolus aut culpa casum præcesserit. Vulgò in hac exceptione tantùm exprimunt culpam, sed omninò etiam dolus addendus est, tum ex *leg.* 18. *in rebus. D. commod.* tum ex hac ratione manifestissimâ, quasi tenetur is cuius culpa præcessit casum, (sicut omninò tenetur) quantò magis tenebitur is, cuius dolus argui potest. Exceptio autem hæc ita est interpretanda: si quid sit quod imputari possit ei qui rem, quæ casu fortuito periit, restituere debuit, sive ille tali damno occasionem præbuerit, vel dolo, vel culpa aliqua sua. *l.* 5. §. 4. *quod senectute in verbis*: *nisi aliqua culpa interveniat.* & *dict. l.* 18. *in rebus, in verb. quæ sine dolo & culpa ejus accidunt*, à contrario eius legis sensu. *D. commodati.* Vbi notandum obiter, copulativam particulam [*&*] positam pro disjunctiva, [*aut,*] quod in jure non est novum, item *l.* 1. §. 4. *& ille quidem. vers. sed & in majoribus*: *in verbis si culpa ejus interveniat. D. de Obligat. & Actionib.* & § *item is cui. in verb. si modò non ipsius culpa is casus intervenerit. Institut. Quibus modis re contrah. obligatio.* & *l.* 22. *sive in verb. Si sine vitio eius acciderit, ff. de negot. gestis.* Facit eodem *l.* 2. §. 8. *Si quis tamen*, *in verbis. Si quid sit quo ei imputuetur. D. Si quis cautionibus.* item *l.* 45. *is qui ex stipulatu. in verbis non tenetur, non enim per eum stetisse videtur*: à contrario eius legis sensu. *D. de Obl. & Act.* V. G. Tutor res pupillares, quas in horreo conditas habere, vel etiam vendere debuit, secum circumtulit, eæque in hospitio eius conflagrarunt. Quæritur, cuius hoc sit damnum sive dispendium: pupillinè, an tutoris? Videbatur dicendum, quod spectet ad pupillum, & tutor ab eius præstatione sit absolvendus: quia incendium casibus fortuitis annumeratur, ut est *in hac lege in verb. incendia.* Iam verò casus fortuiti non imputantur tutoribus & curatoribus, *l.* 50. *Si res pupillares. D. de admin. tutor. l.* 4. *tutoribus. Cod. de pericul. tutor.* Contrarium tamen respondetur, nempè hoc damnum esse tutoris: quia scilicet hîc intervenit culpa seu segnities tutoris, qui non debuit sic circumferre res pupilli, aut in hospitio habere, sed potiùs recondere, & diligenter asservare: vel si servando servari non poterant,

ferant, maturè distrahere ad utilitatem pupilli: quod si fecisset, non fuissent incen-cendio consumptæ *l.3. C. de peric. tutor.*

Aliud exemplum secundæ huius exceptionis præbet *lex* 18. *D. commod. & d. l.* 1. §. 4. *D. de obligat. & actionib.* juncto §. *idem is cui. Institut. Quibus modis re contrah. oblig.* Commodatarius rem, quam utendam acceperat, peregre secum sumpsit, atque ita amisit, incursu latronum vel piratarum, vel hostium, vel prædonum, vel etiam naufragio, vel inundatione, vel incendio, &c. Quæritur, num de ea restituenda teneatur? Ratio dubitandi est; ut videatur non teneri, quia hi sunt casus fortuiti sive majores, sunt damna fatalia, quibus resisti non potuit, sive adversus quæ caveri non potuit, ut est *in h. l. nostra.* huiusmodi autem casus in nullo bonæ fidei judicio (quale est etiam commodati) præstantur. *l. 6. quæ fortuitis. C. de pign. actione. & §. animalium. h. l. nostra,* cum similibus locis, suprà in regula allegatis. Ratio tamen deciendi est; cur, inquam, talis commodatarius etiam istorum casuum nomine teneatur: quia culpa ipsius hunc casum præcessit, qui videlicet rem, quam ea lege accepit, ut domi uteretur, peregrè tulit: id quod facere non debuit: ac proinde casus adversus meritò ipsis imputabitur, quippe cui occasionem præbuerit. Ex quo intelligitur, secus esse, si rem etiam in eum finem accepisset, ut peregrè assumeret; tunc enim si quid vi majori accideret, præstare non cogitur, nisi fortè per loca periculosa proficisci maluerit, cum posset per tutiora. Similia exempla doli aut culpæ casum præcdentis, facilè ex aliis quoque contractibus, vel quasi sumi possunt; ut emptionis venditionis; locationis conductionis, mandati, depositi, pignoris, societatis, dotis, precarii, negotiorum gestorum, communionis rerum, &c.

Æquitas huius exceptionis per se patet: quia his casibus, ut dixi, est quod imputari possit illi, cuius dolus aut culpa intervenit: quæ si non intervenisset, res salva mansisset: ut in exemplis superioribus & similibus cuivis est manifestum.

Tertiò fallit regula, Si mora casum præcesserit, id est, si is qui ex naturà contractus rem debebat tradere vel restituere, fuerit in morà tradendi, vel restituendi, eaque inter moras perierit, *l.18. si in Asia, §. quemadmodum. digest. depositi. l. 14. si plures. §. fin. eod. tit. & l. 8. quæsitum. §. & generaliter. vers. planè. ff. de precario, cum similibus.* Hæc exceptio superiori est similis. Nam hîc quoque est quod imputari possit moratori, seu cunctatori, id est, ei qui moram fecit. Est enim mora quædam species culpæ, cùm quis rem non suo tempore restituit. Si quid igitur per moras restituendi acciderit: meritò hoc damnum spectabit ad moratorem, non ad dominum rei.

Sed circa hanc rem antiquissima est controversia: An hoc indistinctè verum sit, sive res similiter apud actorem vel dominum erat interitura, sive non: an verò tùm demum exceptio obtineat, si res non eodem modo apud actorem seu dominum peritura fuisset. Prior fuit jam olim sententia Iohannis: posterior Martini. Accursius hac in re vacillavit, aliquando Iohannis sententiam, aliquando Martini amplexus. Sed verior & æquior esse videtur sententia Martini: videlicet si res non eodem modo peritura fuisset apud actorem seu dominum, ut tunc demùm

demùm is reo præſtare debeat interitum, qui poſt moram contigit; aliàs non item. Quam ſententiam & Antonius Contius, & Delrio, *hîc* præferunt alteri. Videatur & Accurſius *ad dict. l. 12. ſi in Aſiam. §. fin. in gloſſ. verb. periculo, & ad dict. l. 14. ſi plures. §. final. in verb. interitura eſſe. digeſtis. depoſiti.* & Franciſcus Hotomannus *Illuſtr. quæſt. 30.* ubi altiùs quoque aſcendes, docet, non primùm inter Martinum & Iohannem exortam, vexatamque hanc eſſe quæſtionem, ſed jam olim inter Sabinianos & Proculianos fuiſſe agitatam.

Quæret aliquis: Sed unde hoc cognoſcemus, an res eodem modo apud actorem peritura fuerit, nec ne, ſi abſque mora ei tradita vel reſtituta fuiſſet? *Reſp.* Ex circumſtantiis, perſonæ, rei temporis, &c. facilè hoc æſtimabit Iudex, an diſtrahere rem voluerit, & potuerit actor, ſi eam in tempore habuiſſet, atq; ita pretium rei ſalvum habere. Non enim ſimpliciter ſtandum & credendum eſt aſſertioni actoris, dicentis; ſi rem habuiſſet ſe illam diſtracturum fuiſſe; ſed ex circumſtantiis, ut dicebam, diligenter ponderatis hoc ſumendum eſt. Videatur & Giphanius *ad l. 23. ſi ex legati. n. 17. ff. de verb. oblig.* Atque ita hîc notandum, quomodo poſſit reus purgare moram, ſive eius pœnam evadere docendo ſcil. rem eodem modo perituram fuiſſe apud actorem, etiamſi penes eum fuiſſet. Videatur Anton. Delrio *ad h. l. cap. 29.*

Hæc de tribus à regula noſtra exceptionibus breviter dixiſſe ſufficiat: quibus & hæc quarto loco adjungi poteſt: Si reus in ſe receperit, ſe æſtimationem rei præſtiturum. Nam hoc quoque caſu illam debet, etiamſi res interierit caſu aliquo majore, ſeu fortuito. Omne enim periculum ab eo præſtandum eſt, qui rem æſtimatam accepit, *l. 5. ſi ut certò. §. 3. & ſi fortè. digeſt. commodati. l. 10. plerumq;. in pr. ff. de jure dot.* (ubi quam Iuriſconſultus tradit cautelam, ea probè notanda eſt, præſertim ſponſis & novis maritis, ne facilè dotem æſtimatam recipiant, ſed potiùs inæſtimatam) *& l. 10. Cum dotem verſ. quis enim dubitet. Cod. eod tit.* Ratio eſt, quia æſtimatio eſt loco & inſtar emptionis; unde etiam facta rei æſtimatæ traditione, ſive ex cauſa dotis, ſive ex aliâ, competit actio empti, ob rem evictam, *l. 16. quoties. ff. de jure dotium. l. 1. l. 5. & l. 10. C. eod. tit.* Sicut ergò emptori res perit poſt traditionem, utpotè Domino rei, ut notatur *ad §. Cum autem emptio. Inſtit. de empt. & vendit.* & *ad titul. digeſt. de pericul. & commod. rei vend.* ſic etiam fit in re æſtimata data.

Reſtare videtur, ut exempla ſive ut ſpecies caſuum fortuitorum ab Vlpiano hîc allatas denuò percurramus, quo facto finem Commentario noſtro imponam.

Primùm igitur nominat Iuriſconſultus *animalium caſus morteſque quæ ſine culpa accidunt.* *Animalia* intelligere debemus, non tantùm jumenta, ut equos, aſinos, mulos, boves, & ſimilia, quorum operâ homines in arando, vehendo, trahendo, vel aliter quoquo modo utuntur? non ſolùm etiam alias pecudes, verùm etiam ſervos ſive mancipia. Nam Romani inter ſervos & quadrupedes nullam ferè conſtituebant differentiam; Imò hæc inter ſe æquabant, ut diſertè fatetur Cajus in *l. 2. §. 2. ut igitur apparet D. ad L. Aquil.* Vnde & Voluſius Marcianus

conjun-

conjungit *mortes servorum cæterorumque animalium* in *l.* 30. *in ratione in pr. ff. ad L. Falcid. Casus* deinde accipere debemus, non tantùm de casu seu prolapsione ex alto, sive de præcipitatione, ex qua crurifragium vel alia quæpiam læsio, aut mutilatio quadrupedis vel servi extiterit: Verùm etiam quicquid adversi fortuitò accidit animalibus; puta morbos, vel vitia: inter quæ duo quid intersit, explicatur ab Vlpiano & Paulo, *l.* 4. *&* 5. *ff. de Ædil. Edict.* Item à Modestino, in *l.* 101. *inter stuprum.* §. 2. *verum est. ff. de V. S. Mortes* verò, (quæ alibi etiam *mortalitates* appellantur) nihil aliud sunt, quod & vulgò patet, quam in homine animæ à Corpore separatio: in brutis autem, animæ cum corpore extinctio atque abolitio. Quod autem addit Vlpianus, *quæ sine culpa accidunt*, hoc eò pertinet, ut ex contrario intelligamus, si culpa rei interveniente, mortuum aut læsum fuerit animal, aut mancipium; hunc non esse pro casu fortuito habendum, & proindè à reo præstandum: ut supra in secunda exceptione latiùs exposui, ex *d. l.* 18. *in rebus. in pr. vers. veluti. ff. Commod.* cum similibus legibus quas ibi adduxi. Quibus addatur & *l. final. in verb. si nulla culpa tua interveniente. ff. eod. t. Commod.* Exempla eautem Casus sive damni ex culpa orti passim obvia sunt in Legibus sub *tit. D. Ad Leg. Aquil.* & alibi. Videatur *l.* 27. *si servus.* §. 22. *si mulier. ff. ad Leg. Aquil.* & *l.* 30. *qui Insulam.* §. 2. *qui mulas. D. Locati.* quas etiam allegat Iohannes Igneus *in Comment. ad h. l.* Quæret aliquis, quid dicendum sit in dubio: si non constet, utrum casu fortuito, vel sua morte animal aut mancipium interierit, an verò interveniente seu præcedente dolo aut culpa rei? Respond. in dubio absolvendum esse reum: utpotè cujus dolus aut culpa non sit præsumenda; sed actori incumbat probatio doli vel culpæ in reo intervenientis: Quod & Antonius Delrio rectè admonuit *ad h. l. c.* 22. *& c.* 31.

Secundò addit Vlpianus casibus fortuitis *fugas servorum qui custodiri non solent.* Tria ferè sunt vitia servorum, & ingeniorum servilium: fuga, furtum, & mendacium. De prioribus duobus (quæ quidem adeò sunt conjuncta, sibique invicem connexa, ut ipse sui ipsius furtum fugiendo facere dicatur servus, dum scil. hero suo se subtrahit.) de his inquam duobus elegans est distichon Martialis:

A pedibus didicere manus peccare protervæ,
Non miror furem, qui fugitivus erat.

Catullus quoq; eleganter talem servum vocat *herifugam*, qui à Domino suo fugit: Græcis est δραπέτης. Et hanc ob causam in venditione servorum sive mancipiorum solebat venditor repromittere, servum fugitivum vel erronem non esse, noxâve solutum esse: *l.* 1. §. 1. *& l.* 17. *quid si fugitivus. ff. de Ædil. Edicto.* ubi per totam legem hæc tria diligentissime explicat Vlpianus, *fugitivum, erronem, & noxa solutum*: Conferatur etiam Triphoninus *in l.* 225. *fugitivus, ff. de V. S.* Ex hoc autem loco Vlpiani discimus, servorum alios solere custodiri, alios autem non item: Quod & aliis locis comprobatur: ut in primis *l.* 21. *si à bonæ fidei possessore. ff. de R. V. l.* 5. §. 6. *sed an etiam. ff. commod. &* §. *cum autem emptio vers. quod si fugerit, Instit. de Empt. & vend.* Et regulariter quidem servi non solent custodiri: Ratio, quia & difficilis ea custodia esset, & inutilem propemodùm faceret usum servorum: quam rationem rectè hic Antonius Contius assignat. Nam illa custodia ferè plu-

ris constaret quàm sit ipsum servi pretium, vel quæ ex ipso percipitur utilitas. Immò & supervacanea esset custodia in servo frugi & integræ opinionis: nec tantùm supervacanea, sed etiam noxia: quippè quæ maximam præ se ferret diffidentiam; adeoque etiam ex servo frugi facere posset servum nequam. Ferè enim ita fit, ut qui fidem sibi haberi vel non haberi animadvertit, quamvis priùs fuerit bonus & fidelis, degeneret atque desciscat à pristina bonitate ac fide: sicut contrà, fides habita fidem ipsam fortiùs astringit: ut est apud Livium. Sed qui suspecti sunt de fuga, quales sunt vincti & ergastularii, quivè ejus sunt ætatis, ut custodia egeant; hi certè custodiri debent. *d. l. 5. §. sed an etiam. ff. commod.* Idemque dicendum est de his, quorum custodiam in se quis recepit. *dict. §. cum autem emptio, cum similibus.* Cùm igitur quæritur: sit ne fuga servi annumeranda casibus fortuitis, an non item debeatur præstari, an non? Respondendum est per distinctionem: Aut servus talis fuit qui custodiri non solebat, sed neque debebat, puta quia integræ opinionis, minimeq; suspectus erat: hoc casu fuga est casus fortuitus, proindeq; non præstatur. Aut servus ex eorum genere fuit, qui custodia indigent; puta quia sunt suspecti de fuga, quia non bonæ opinionis, quia ea ætate constituti, quæ se ipsam regere non valens, sed opus habet custode, cujus etiam Horatius *in arte Poëtica* mentionem facit: quanquam de liberis hominibus loquens.) quia deniq; custodiam eorum quis in se recepit: & tunc fuga non est casus fortuitus, ac proinde præstabitur. Veruntamen ad prius membrum distinctionis huius hæc addenda est Exceptio sive limitatio: nisi servus qui custodiri non solet, aufugerit ab hero suo propter sævitiam & immanitatem ipsius: puta, quia fame ab ipso torquebatur: (Quo tormento nullum est majus: teste Homero, & Iosepho historico *in libro de bello Iudaico*) vel quia intolerabili injuriâ ab ipso afficiebatur, ut est in *§. fin. Instit. de his qui sunt sui vel alieni juris*: tunc enim, quia culpa præcessit casum, (Nam & sævitia nimia culpæ adscribitur) meritò præstabitur etiam fuga talis servi, secundum ea quæ suprà dixi *in secunda exceptione.* Sed hîc non immeritò quispiam dubitet, quo pacto fuga servi sit casui adscribenda: cùm certum sit, eam proficisci ab ipsius servi affectu & animo: ab animo, inquam, sive ab affectu in effectum, sive in actum extrinsecum perducto: id quod sæpe inculcatur in *dict. l. 17. ff. de Ædil. Edict.* & *in d. l. 225. ff. de V. S.* Iam verò quæ à libera hominis voluntate dependent, sive quæ ex animi cuiusque propositione cum aliquo actu constant; ea non debent, certè neque possunt, conferri in casum: ut prolixè disputat Aristoteles *lib. 3 Eth.* & consimiliter S. Basilius inquit, *Quarum rerum principia sunt in nobismet ipsis, earum rerum causas non debemus foris & extraneos quærere.* Videbatur ergò fugam non esse casui adscribenda, sed potius ipsius servi nequitiæ & perversæ voluntati. Respond. Quod fuga servi casibus fortuitis annumeratur hoc non fit ratione ipsius servi fugientis (qui quidem libera voluntate & propositione animi, nullaq; vi majore, nullo casu fatali impulsus fuit, & fugiendo sui ipsius furtum facit, ut supra monui) sed fit hoc ratione & respectu aliorum, puta ejus qui debet servum, & cui ille debetur. Eadem & objectio & solutio ad quædam sequentia exempla accommodari debent: ut ad rapinam, ad impetum prædonum, latronum & hostium &c.

Tertiò

Tertiò nominat Vlpianus inter casus fortuitos etiam *Rapinas*, id est si res qua de agitur alicui per vim erepta sit, hunc casum præstare non tenetur. Sic etiam in *l.* 30. *in ratione. ff. ad L. Falcid.* rapina ponitur post mortes animalium &c. Rapina sive raptus quid sit, & quomodo differat à furtò, expositum est ad *tit. I. de vi bonorum raptorum.* Summa hæc est: Differre & modo deliquendi, & genere actionum, & pœnæ quantitate. Nam primùm, Rapina semper fit palàm & manifestè ac per vim. Rapi enim sine vi non potest, teste Vlpiano in *l.* 3. §. 5. *aliud ff. de incend. ruin. naufragio.* Vnde etiam raptor dicitur fur improbior. *l.* 2. §. 11. *Cæterum. ff. vi bonorum raptor. l.* 4. *idem si.* §. 12. *qui vim. Quod metus causa. l.* 80. *cum vendidero.* §. . *cum raptor ff. de furt.* ob maiorem videlicet improbitatem. Sed furtum etiam clàm fieri potest: Est enim furtum aliud manifestum, in quo scilicet fur deprehenditur priusquam rem pertulerit, quo destinaverat: aliud nec manifestum, in quo fur non deprehenditur quidem, sed tamen quod factum esse negari non potest: ut docetur in §. 1. *I. de O. quæ ex delicto nascuntur*: tametsi etiam fur manifestus ad furandum accedit, animo latendi potiùs quàm ut deprehendatur hoc enim fit per accidens, non ex ipsius intentione. Secundò differunt (ut dicebam) genere actionum, Nam furti actio alia est civilis, nempe ex XII. tabulis, videlicet, manifesti: alia est prætoria sive honoraria; ut nec manifesti: sed vi bonorum raptorum actio semper est prætoria. Tertiò differunt modo sive quantitate pœnæ: quia vi bonorum raptorum actio semper datur in quadruplum: sed furti actio, nunc in quadruplum, si manifestum sit furtum; nunc in duplum, si nec manifestum: Et in furti actione quadruplum & duplum totum est pœna, extra quam res ipsa etiam propria actione peti potest, puta rei vindicatione: In actione verò vi bonorum raptorum, quadruplum continet etiam rem ipsam; ut triplum sit pœna. Videatur *pr. tit. Instit. de vi bonor. raptor.* & §. *sequens. vers. ex maleficiis. Institut de Act.* Cùm igitur tàm multæ sint differentiæ, inter rapinam & furtum, non est mirum sub rapina furtum non contineri. Nunquam enim diversarum specierum una sub altera continetur, ut docent Philosophi. Ideoque si quis juraverit se rem non rapuisse, & posteà conveniatur vel actione furti, vel condictione furtiva, non poterit se tueri contra hanc novam actionem exceptione jurisiurandi: ut docet Vlpianus *in l.* 28. *in duobus.* §. 5. *si quis juraverit. ff. de jurejurando*, Alia enim est actio vi bonorum raptorum, alia furti, alia denique condictio furtiva, & quemadmodum exceptio rei judicatæ non competit, si nova actione quis experiatur, ut docetur *tit. Digestorum de Except. rei judic. l.* 7. *ibid.* itaque neque jurisiurandi exceptio datur ei qui nova actione convenitur. Furtum igitur non computatur inter casus fortuitos, sicut latrocinium: ut notat Accursius *ad l.* 3. *in verb. etiam si sine culpa ff. nautæ caupon. stabul.* & in *l.* 52. *cum duobus.* §. *damna. ff. Pro socio.* & facit huc. §. *præterea vers. itaq; digestis. Quibus modis re contrah. obligat. in verb. qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit.* Furtum enim (ut alibi dicitur) diligenti patrifamilias non fit: potest enim diligentia & attentione præcaveri. Sed latrocinium ac rapina præcaveri non potest: custodia enim adversus vim parum proficit: ut alibi dicitur. Discrimen hoc probari potest etiam lege Mosaica, *Exod.* 22. ubi re depositâ furto sublatâ tenetur depositarius de eâ reddendâ; sed per vim hostium ereptâ, vel alio casu perdi

perditâ, non tenetur. Obstare videtur *l.30.In ratione.in pr.ff.ad l.Falc.*ubi Mæcianus cõjungit furta cum rapinis,& morib.servorum,cæterorumq; animalium,& cum incendiis ac ruinis: quos tamen omnes casus fortuitos esse constat. E. furta quoq; erunt casibus fortuitis annumeranda, autore Mæciano. Resp. Conjungit quidem ibi ICtus furta cum rapinis & cæteris casibus fortuitis,verùm non quod velit furta quoq; eiusdem cum illis esse generis: sed quia propositum ipsi erat omnia omninò damna enumerare, quæ sine dolo vel levi culpa legatarii contingunt; quæ negat venire in rationem legis falcidiæ, sed ait hæredi perire: Apparet hoc manifestè ex illis verbis legis: *In summa quodcunq; damnum &c.* quasi dicat,etiamsi aliter quàm casu fortuito acciderit. Sunt tamen qui furtum quandoq; velint esse casum fortuitum: ut si furtum sit domesticum, quod difficilius caveri potest quàm aliud: item si furtum fiat cum effractura: ut videre licet apud Ant. Delrio. *c.24.in fine*,ubi rectè ait,tale furtum ad rapinam & vim potiùs pertinere: sicut etiam in constitutione Caroli V. hæc species furti graviùs punitur, quàm furtum simplex sine effractura.

Quartò, ponit Vlp.inter casus fortuitos *tumultum*. Ad etymon vocabuli quod attinet, aliâs monui, videri potiùs deductũ nomen à *tumore*, vel à *tumendo*,quàm à *timore multo*. Laudavi quoq; locum Ciceronis. 8. *Philippica*, ubi similiter à timore deducens nomen distinguit inter tumultum ac bellum; quãvis Servius *in Virgil.8. Æneid.*tumultum constituat unum ex quatuor generibus militiæ apud veteres usitatæ: sed ICti tumultum latiùs usurpasse videntur pro turba, & concursu hominum quolibet, etiam pacis tempore coadunatorum; & pro periculo quod indè impendere videtur: v.g. cum Vlp. *in l.1.§.1.ff.depositi*, dicit tumultus causa depositum,& Imperator *in §.rei persequendæ.v.plane.I.de act.*Idem autem ferè valet *tumultus & seditio*: quæ duo etiam conjungit Imp. Marianus, *in l.5. denunciamus.C.de his qui ad Eccl.confuger.* & Leo *in l.ult. C. de seditios*: quomodo etiam *turba & seditio* alibi conjunguntur, ut *l.2.in pr.& l.5.qui cœtu in pr.ff. ad L. Iuliam de vi publ.* Porrò tumultibus & seditionibus valdè sunt cognatæ *dissensiones civiles* quas nominat Vlp. in *l.21.si quis ingenuam.§.1.de Capt.& postl.rev.* Hîc quoq; notanda est exceptio: videlicet damna per tumultum vel seditionem vel civiles dissensiones data, præstanda esse ab eo cuius culpa facta est seditio. Exemplum est in *l.pen.in pr.ff.sol.mat.* ubi attingitur historia tumultus Gracchani, cuius etiam sæpè meminit Cicero. Ratio exceptionis est; quia quoties culpa alicuius intervenit, quæ præcessit casum fortuitum, hunc ab eo præstari oportet cuius culpa intervenit, ut suprà dictum in secunda exceptione. Quæ de *Bello*, an damnum quod per id illatum est, sit casus fortuitus? Quod omninò dicendum est: nam *hostium incursus*, non minùs quam latronum vel prædonum disertè inter casus fortuitos numeratur,§. *item is cui res. I. Quib.mod.re contr.obl.& l.1.§.4.& is quidem in f.ff.de O.& A.& l.18.in reb. in pr.ff.Commod. aliisq; in locis*, hostes autem ij sunt, quibus cum est nobis bellum, *l. 118. hostes & l.234 Quos nos hostes. in pr.ff.de V.S. & Cicero l. 1. officiorum.* Quæ cum ita sint non possum assentiri Ant.Delrio, qui restringit hoc ad bellum non indictum ab hostibus: quasi tum demum quæ data sunt damna casus sint fortuiti. Imò verò etiam legitimè indicto bello quæ ab hostibus inferuntur damna, sunt fortuitis casibus annu-

annumeranda. Nam leges quoties nominant incursum hosti um non distinguunt inter bellum indictum, sive denunciatum, & non indictum, nec nostrum igitur erit distinctionem aliquam comminisci.

Quintò, ponit Vlp. in casibus fortuitis, qui non præstentur, etiam *incendia*: i.e: si domus aut insula, aut villa, aut horreum, aut stabulum, aliavè ædificia, urbana vel rustica, item si segetes, si arbusta, si sylvæ, in summa si res immobiles, vel mobiles, vel se moventes, vi ignis conflagrent, atq; absumantur, vel in totum vel aliqua ex parte. Sic incendium aliis quoq; in legibus dicitur casus fortuitus, ut *l.1. §.4. & ille quidem.ff.de O.& A.§.Cum autem Inst.de empt.& vend.& §.item is cui res. I. Quib. mod. re.&c.& l.30.in ratione.in pr.ff.ad L.Falc.l.5.§.4.qui senectute. & l.18. in rebus. in pr.ff. comm.l.22. sive hæreditaria.ff.de Neg.gest.l.9.si quis aliorum.§.3.si colonus.&l.15.§.3.cum quidam ff.Locati,& alibi.* Sed obstare videtur quod incendia plerunq; fiunt culpa inhabitantium: teste Paulo *in l.3.§.1.ff.de offic. præf. vig.* Imò & Alphenus scribit; incendium sine culpa fieri non posse, *l.11. si vendita. ff. de peric. & commod.rei vend.* & idem Alphenus, *in l.30.Qui Insulam .§.fin.ff. locati*, negat casum esse fortuitum, aut extraneum ut loquitur, quando servus Coloni villam incendit. Malè igitur annumerantur incendia casibus fortuitis: cùm potiùs essent culpæ adscribendæ. Resp. Ant.Contius, incendium non posse quidem fieri absq; alicuius culpa: veruntamen cùm alterius quàm nostra culpa sit, tunc id damnum sive incommodum, quod ad nos attinet, casum esse fortuitum. Eòdem ferè recidit etiam responsio Ant.Delrio, distinguentis, inter incendium ex culpa inhabitantium excitatum, & inter extrarium: v.g. quod è vicini ædibus, vel à fulmine, domino videlicet de cœlo tactâ, ortum est. Ego simpliciter dicendum puto; aliquando incendium pro casu fortuito esse habendum, aliquando non esse. Casus fortuitus est, incendium & proinde non præstandum, quando nullâ nostrâ culpâ, nulla quoq; eorum hominum, quorum operâ utimur, excitatum est: sed vel ab occultâ quapiam caussâ, vel à fulmine, vel ab incendiariis, vel à prædonibus, vel ab hostibus injectus est ignis. Contra non est casus fortuitus; quando intervenit culpa aliqua, vel nostra, vel nostrorum hominum negligentiùs ignem habentium sive custodientium, qui innoxius, sive innocẽs haberi debuerat, ut ICti loquuntur. Exẽpla sunt in *l.30.qui insulam.§.fin.ff.locati.&l.27.si servus servum.§.9.si fornacarius.l.qui occidit.30.§.3.in hac quoq;.ff.ad L.Aquil.* Ex tali igitur caussa exortum incendium meritò præstatur; argumento eorum, quæ suprà dixi *ad secundam exceptionem, de culpa interveniente, & casum præcedente.* Probatur hæc distinctio & solutio ipsis verbis. *d. l. 3. §. de offic. præf. vig.* Neq; enim ait Paulus, *semper* incendia fieri culpa inhabitantium, sed *plerunq;*. Hæc autem est propositio non universalis, sed particularis. Similiter quoq; Alphenus *in d.l.30.ff. Loc.* satis indicat, incendium aliquando esse casum fortuitum, sive extrarium, aliquando non fortuitum. Ex quo intelligimus etiam *in d.l.11.ff.de peric.& Comm.rei vend.* subaudiendam esse particulam *plerumq;*: ne alioquin si hanc indefinitam propositionem: *incendium non potest fieri sine culpa* acceperimus pro universali, i. e. *nunquam incendium sine culpa fieri potest*, sive *omne incendium fit ex culpa*: non modò sibi ipsi & rei veritati repugnabit Alphenus, sed etiam Paulo & aliis ICtis, quorum leges supra adduxi. Vitanda est autem omnibus modis ea legum interpretatio quæ fal-

sum & absurdum habet intellectum: ut docet Nicolaus Eberhard. *in loco ab absurdo.*

Non improbo hîc exceptionem, quam addit Delrio *c.26.in pragmatica* quam vocat *interpretatione*, nempe teneri aliquem etiam de præstando damno per incendium extrarium dato, si culpa ipsius aliqua intervenerit: puta, quia incendio in vicinia orto, non interciderit sive diruerit medias ædes, quas jam corripuerat flamma: Ideò, inquam, interciderit ac demolitus sit, sive dissipaverit ædes vicini, ne ignis ad se perveniret, *arg.l.49.si quis fumo.§.1.ff.ad L.Aquil. l.7.§.4. Est & alia exceptio. ff. Quod vi aut clam.& l.3.§.7. quod ait Prætor.ff.de incend.ruin.naufrag.*

Tametsi illis legibus non imperetur ista intercisio sive demolitio ac dissipatio ædium intermediarum, ita ut eam omittenti culpa imputari possit; sed tantùm permittatur; ut, inquam, sine motu actionis legis Aquiliæ, vel interdicti, vel alterius actionis, facere quis possit, si velit. Multum autem interest inter legis imperium & permissionem; ut explicatur *ad l.7.legis virtus.ff.de Legib.* v.g. possum ego furem nocturnum occidere impunè, sicut & diurnum si telo se defendat: non tamen cogor eum occidere. Sic potest pater adulterum in filia deprehensum occidere, ut & ipsam filiam: non tamen cogitur, ita ut culpa ipsi imputetur si pepercerit. Sic igitur potest quis ædes vicini intercidere & dissipare, ne ignis ad se perveniat, neq; eo nomine conveniri potest ad damnum vicino datum sarciendum, per leges supra dictas: non tamen id facere cogitur. Quocirca non immeritò quis de hac exceptione dubitaverit. Ac tantum de incendio. De incendiariorum item pœnâ videri potest constitutio criminalis Caroli V. *artic.115.* & Iodocus Damhouderius *in praxi rerum criminalum, cap.de incendio*: item Paulus *lib.5.sent.tit.20. per tot.* & *l.26.n.3.* & *in libello, Lex Dei, t.12.* & Callistratus *in l.28.Capitalium.§.12.incendiarii. ff. de pœnis. & in d. l. 3. ff. de officio præfecti vigilum.* Postremò & hoc obiter notandum: mirè dicta esse *fortuita incendia* in *d.l.28.ff.de pœnis.* illa quoque quæ caveri potuerunt: qualia constat non posse dici casus fortuitos. Nam si casus essent fortuiti, neque præcaveri possent, neque præstarentur: ibi verò dicuntur præcaveri posse, & damnum, videlicet per ea vicino datum, resarciendum.

Sextò addit Vlp. casibus fortuitis *Aquarum magnitudines*: intelligens *inundationes*, ut alibi dicuntur, v.g. *in l.10.si in venditione. §.1. ff. de periculo & commodo rei tradita*, & *in l.1.§.si quis propter inundationem.ff.de itinere actuq; privato*, alibi & *vis fluminis* appellatur, ut *in l.24.fluminum.§.vitium.vers.& Labeo.ff.de damno infecto, & l.2.§.7.vis fluminis.ff. si quis cautionibus.& §.cum autem.Inst.de empt. & vend.* Pomponius etiam vocat *impetum & inundationem fluminis*, in *l.30. Ergò §.3.alluvio.ff. de acquir. rer. dom.* Variis autem modis contingere potest ut damnum detur per vim aquarum, tam marinarum, quam fluviaticarum, quam torrentium, quam earum, quæ sunt in stagnis & lacubus, quam quarumlibet aliarum: dum sc. vel terra flumini aut mari vicina aquis absorbetur & obruitur: vel pars aliqua fundi abripitur, aut submergitur: aut dum ædificia, casæ, villæ totæ evertuntur & dissipantur, vel deteriorantur: vel dum animalia suffocantur: vel fœnum in pratis, vel segetes & frumenta in agris avehuntur, corrumpunturvè, invecto limo, aut arenâ, aut sabulo: vel deniq; diruuntur pontes, vel navigatio atque itinera impediuntur; quod ferè sub finem

hyemis

hyemis copiosè & subitò liquefactis nivibus, vel etiam ipsa æstate cataclysmo ruptis nubibus multi mortales maximo suo malo fieri experiuntur: & hic ipse annus superioribus mensibus passim locorum tristia eius rei documenta dedit. Si quid igitur hujusmodi acciderit, sciendum est ex regula nostra, non esse id præstandum ullo judicio b. f. quia sc. casus est fortuitus: quia est ratio quæ vim habet divinam, ut ait Vlpianus *in d.l.24.fluminum.ff.de damno infecto*, sive est vis major, & *θεῖα βία*, ut vocat idem Vpianus *in l. si merces. §. vis major.ff. locati*. Sed valebit hic quoque exceptio illa, *nisi culpa intervenerit sive præcesserit*: quod accidit, si, cùm inundationi aquarum tempestivè occurri potuisset, eaque vis averti, oppositis aggeribus sive molibus, & munitâ ripâ, vel littore; id facere quis neglexerit: Item, si quis moras nectere & diverticula in itinere quærere, quàm rectà progredi maluerit; atque ita deinde sua culpâ & morâ inciderit in itineris impedimenta propter aquarum inundationes sive eluviones. Videatur hìc Ant. Delrio *in fine c. 27.* per *l.1.C.de alluvionibus. & l. unic. ff. de ripâ muniendâ, cum similibus.*

Septimò, apud Vlpianum in casuum fortuitorum speciebus sequitur *Impetus prædonum*. Nominatur alibi *vis prædonum*, ut in *l.30.in ratione.ff. ad l.Falcid.* Monui auté aliàs de duplici significatione vocabuli *prædonum*, quam in jure nostro habet. Nam primo in genere denotat quemlibet malæ fidei possessionem, quicunque sc. non justo titulo neq; bona fide rem detinet alienam, interrogatusq; cur possideat, nihil habeat respondere, quàm quia possideo; quæ est apud philosophos petitio principii. Secundò, in specie significat *prædo* violentum direptorem, sive qui prædas agit, & homines per vim despoliat: cum quo idem est *latro*: tamesi hoc nomen olim honestum fuisse, idemq; valuisse cum milite, sicut & *latrocinari* usurpatum, pro militiam sectari, ex Plauto & aliis bonis auctoribus, didicimus. Hac igitur significatione in jure nostro conjunguntur latrones & prædones sive latrunculi: (quorum persecutores appellantur *latrunculatores*) & ambo hi opponuntur hostibus. *l.24.hostes.ff.de captivis & postliminio reversf.& l.118.ff. de V. S.* Alibi & *grassatores* dicuntur, ut in *l. 18.§ 10.grassatores.ff. de pœnis*. Opponuntur latrones & prædones hostibus, quoad modum constituendi: qui in hostibus est legitimus; in cæteris non item. Interim tamen quoad damna ab his omnibus nihil interest inter eos, omnesq; quasi in eodem gradn conjunguntur, *in l.30.ff.de L.Falc.* *Piratæ* autem, qui nominantur *in l.3.§.1.vers.inde Labeo.ff.nautæ caup.* sunt latrones maritimi, qui mare infestū latrociniis habēt, sicut latrones terrestria itinera obsident. Alibi auté dicitur *impetus prædonum*, nunc *incursus*, nunc *aggressura*, nunc *effractura latronum. l.1.C. depositi.l.5.C.de pign.act.l.1.& l.12.damnum. C.de locato. l.50.si res pupillaris.ff.de admin.tut.§.item is cui res.Inst.Quib.mod.re cont.* Sic si quis à latronibus spoliatus sit, hoc dicitur casibus imputari oportere *in l.26.in ter causas,§.non omn 6.ff.mandati.* Sic si conductori capræ conductæ abactæ sint per latrones (qui proprio nomine dicuntur *abigei*: item *abigeatores.t.t.ff. de abigeis.* & apud Paulum *lib.5.sent.tit. 18.*) hunc casum conductor judicio locati præstare non cogitur. *l. 9. si quis domum. §. Imperator Antonius. ff. locati.* Damna igitur per incursum sive impetum & aggressuram, & effracturam, prædonum, latronum, grassatorum, piratarum, vel etiam hostium data, (nihil enim interest, à quo ex his damna dentur) non sunt præ-

standa:

standa: ex generali regula supr. exposita. Exceptiones autem hîc repeti possunt: ex superioribus, & huic etiam speciei adaptari, *argum. §. item is cui. vers. sed propter maiorem vim. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Porrò quanam pœnâ afficiendi sint ipsi latrones, & grassatores & abigei: de eo hîc propriè dicendi locus non est: videri autem potest *l. 28. capitalium. §. 10. grassatores. & §. 15. famosos latrones. ff. de pœnis.* & criminalis constitutio Caroli V. item praxis rerum criminalium Iodoci Damhouderii.

Hæc hactenus de speciebus casuum fortuitorum, quæ in textu nostræ legis adferuntur.

Vt autem aliàs exempla non solent restringere, sed illustrare regulam: sic idem de his quoque sentiendum est. Neque enim existimare debemus, Vlpianum hîc voluisse omnia exempla casuum fortuitorum recensere: cùm constet ex aliis legibus & quotidianâ experientiâ, multò esse plura: v.g. est *Ruina* (qualis ante paucos annos satis miserabilis, & horrenda extitit in Austria in nuptiis celeberrimis, quem casum descripsit vir doctus Georgius Calaminus p. m. amicus noster honorandus) sunt *Naufragia*, sunt *Tempestates*, & *Terræ motus*: & *vis ventorum*, qualem terra marique vehementissimam, planèque ut cum Varrone loquar phreneticam, experti sumus non sine maximis damnis anno M. D. CXII. exeunte: sunt *Turbines*, sunt *Chasmata*, sunt *Labes & hiatus terræ*; est *Grando & Calamitas*, & *uredo & rubigo*, & *carbunculus*: sunt *locustæ*, *locustarum agmina*, aliorumque insectorum & volatilium frugibus noxia: Item, *acor & mucor in vino, &c.* de quibus suprà dixi copiosiùs *in Evidentialibus hujus legis*: & videri potest Hotomannus *lib. 4. observat. cap. 7.* & Donellus *lib. 19. cap. 6. Commentar.* & Antonius Delrio *cap. 30. ad hanc legem.*

Atqui hic finis esto commentationis nostræ ad hanc celeberrimam legem: quam non immeritò appellare liceat clavem totius tractatus de contractibus & commerciis: ut ita non tàm unam legem ex corpore juris nostri, quàm totum argumentum *de contractibus & quasi contractibus* hucusq; exposuisse videamur: indicatis etiam ubique mediocri diligentia actionibus, quæ ex unoquoque negotio vel singulæ competant, vel etiam plures concurrant: Cumque ut ait Plinius, ingenui sit animi, per quos profeceris, fateri: non dissimulavi unoquoque loco, quorum præsidiis in hoc opusculo conficiendo potissimùm adjuti sumus. Nonnunquam etiam ab aliorum, quantumvis magnorum clarorumque virorum, placitis liberè, nec opinor absq; idonea ratione sed absq; contumelia & obtrectatione cujusquam discessi. De quibus omnibus aliorum æqua & candida judicia æquo animo feram: dummodò hæc mihi laus relinquatur illibata atque integra, studiosæ legum juventuti commoda hîc me pro virili adjutum ire voluisse.

FINIS.

